



Universidad
de La Laguna
Facultad de Derecho



Grado en: DERECHO
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso 2017/2018
Convocatoria: JUNIO

TUTELA JUDICIAL DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL, LABORAL Y FAMILIAR

JUDICIAL PROTECTION OF THE RIGHTS OF WORK-LIFE
BALANCE

Realizado por la alumna Doña **Andrea Jeritza Muzo Tashiguano**

Tutorizado por la Profesora Doña **Margarita Ramos Quintana**, catedrática de
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Departamento: Derecho Público y Privado Especial y Derecho de la Empresa

Área de conocimiento: Derecho del Trabajo

ABSTRACT

Traditional stereotypes show that it is women who are responsible for house works and childcare, while men are the ones who are responsible for supporting the family. However, with the incorporation of women into the labor market, the need to combine personal and work life has become evident, which affects not only the working women, but also the working men because it is about the co-responsibility of family tasks.

Although there should not be situations where workers have to go to court to enforce the exercise of their rights, it is possible to observe how there are cases where the worker is denied this exercise without justified reasons. Likewise, it must face scenarios in which, enjoying the rights of conciliation, it is subjected to discriminatory business actions or harassment, or in the worst case, is dismissed. All these consequences are only examples of the obstacles that are established within the company itself, which should be devoted to promoting the exercise of conciliation rights without encountering any type of impediment.

For all these reasons, in this TFG, the appropriate procedural modalities will be analyzed to request the effectiveness of these rights, with special analysis of some of them.

RESUMEN

Los estereotipos tradicionales muestran que han de ser las mujeres quienes se encarguen de las tareas del hogar y del cuidado de los hijos, mientras que los hombres son los que se han de ocupar de mantener a la familia. Sin embargo, con la incorporación de la mujer al mercado de trabajo, se ha puesto de manifiesto la necesidad de compaginar la vida personal con la laboral, lo que afecta no sólo a las trabajadoras, sino también a los trabajadores porque se trata de una corresponsabilidad de las tareas familiares.

Aunque no deberían darse situaciones donde los trabajadores tengan que acudir a la justicia para hacer efectivo el ejercicio de los derechos que les corresponden, se observa cómo existen casos donde al trabajador se le niega ese ejercicio sin motivos justificados. Igualmente, debe afrontar escenarios en los que, disfrutando de los derechos de conciliación, se ve sometido a actuaciones empresariales discriminatorias o de hostigamiento, o en el peor de los casos, es despedido. Todas estas consecuencias son ejemplos de los obstáculos que se encuentran dentro de la propia empresa, que debería dedicarse a fomentar el ejercicio de los derechos de conciliación sin ningún tipo de impedimento. Por todo ello, se analizarán en este TFG las modalidades procesales adecuadas para solicitar la efectividad de estos derechos, con especial análisis de algunas de ellas.

ÍNDICE

Introducción	1
1. Conflictos laborales en materia de conciliación de la vida personal, laboral y familiar	3
2. Tutela judicial y cauces procesales para la tutela de los derechos de conciliación	4
2.1 Modalidad procesal especial de tutela de los derechos de conciliación de la vida personal, laboral y familiar.	5
2.1.1 El objeto del proceso	5
2.1.2. Las partes en el proceso	10
2.1.3. La demanda	11
2.1.4. Características del procedimiento	13
2.1.5. El acto de conciliación	19
2.1.6. La sentencia	20
2.3 Modalidad procesal especial de tutela de los derechos fundamentales: aspectos a destacar	25
2.3.1 Demandas de conciliación donde se lesionan derechos fundamentales	25
2.3.2 La discriminación directa e indirecta por razón de sexo	26
2.3.3 El acoso por razón de sexo y la vía procesal	31
2.2.3.4. La indemnización y su compatibilidad	34
2.3 Modalidad procesal especial de despido como vía para combatir las represalias del ejercicio de los derechos de conciliación.	37
2.3.1 Nulidad del despido como consecuencia del ejercicio de los derechos de conciliación.	38
2.3.2 Despido de trabajadores por razones relacionadas con la conciliación de la vida laboral, personal y familiar: nulidad y procedencia ...	43
Conclusiones	45
Bibliografía	48

Introducción

La conciliación de la vida personal, familiar y laboral implica un reparto equilibrado de las responsabilidades familiares, permitiendo que tanto las trabajadoras como los trabajadores puedan compaginar su vida familiar con la laboral, con el fin de introducir una igualdad efectiva de oportunidades en el empleo, variar los roles y los estereotipos tradicionales, encargándose ambos, con el mismo grado de implicación, de cubrir las necesidades de atención y cuidado de los menores, de las personas dependientes y de otros familiares, tareas que históricamente han sido asumidas por las mujeres.

Así pues, trabajar y disponer de tiempo para dedicarlo tanto a la vida personal y/o familiar como a la laboral es una lucha que ha surgido en las últimas décadas (sobre todo y desde la creciente incorporación de la mujer al mercado laboral), que se ha mantenido en la actualidad y que continuará hasta que dejen de ser las mujeres, quienes, en la mayoría de los casos, concilien su rol “productivo” con el “reproductivo”, y los hombres superen el segundo plano en el que se encuentran respecto a corresponsabilidad de las cargas familiares.

No obstante, a raíz del informe internacional *Randstad Employer Bran Research 2017*¹, se observa cómo la situación está cambiando, pues un 55% de los trabajadores españoles a la hora de decidirse por una compañía no solo tienen en cuenta el salario, sino que busca un buen equilibrio entre el trabajo y la vida personal, además, llama la atención que sean los jóvenes de menos de 25 años quienes mayor importancia otorgan a este equilibrio, siendo superado solo por el salario y el ambiente de trabajo.

Los derechos de conciliación no son un supuesto exento de conflictos laborales, cuyo origen puede ser diverso, pero que principalmente, se producen en el ámbito de organización de la empresa, donde en lugar de establecer obstáculos injustificados para que los trabajadores y trabajadoras ejerciten los derechos de conciliación que les corresponden, deberían tomar decisiones encaminadas a facilitar la conciliación, porque de esta manera consiguen retener el talento y de igual forma atraer a nuevos trabajadores. Además, hay que recordar que el alcance constitucional de los derechos de

¹ Se puede consultar los datos del informe en el siguiente enlace: <https://www.randstad.es/nosotros/sala-prensa/el-45-de-los-trabajadores-a-nivel-internacional-elige-empresas-donde-pueda-conciliar/>

conciliación de la vida laboral y familiar se basa en lo dispuesto en el art. 14 de la Constitución Española, desde la perspectiva de no discriminación por razón de sexo, así como en el derecho a la protección de la familia y la infancia establecido en el art. 19 del mismo texto constitucional, debiendo prevalecer ambas dimensiones en la solución ante cualquier duda interpretativa de la legalidad ordinaria.

Por tanto y respecto a la tutela judicial de los derechos de conciliación, en este Trabajo de Fin de Grado se van a estudiar determinadas modalidades procesales como cauces judiciales para actuar contra su vulneración. Con mayor detalle se abordará la modalidad procesal específica establecida en el art. 139 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, ante la negativa o disconformidad del empresario referida al ejercicio de los derechos de conciliación; además se hará hincapié en determinados aspectos de la modalidad procesal de los derechos fundamentales del art. 177 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social, referidos a la discriminación por razón de sexo y el acoso por razón de sexo relacionado con supuestos cuando los trabajadores y trabajadoras están haciendo uso o ya han disfrutado de los derechos de conciliación, como actos de represalia empresarial; y por último, se analizará la nulidad objetiva como consecuencia del despido de aquellos trabajadores que se encuentren haciendo uso de los derechos de conciliación, siempre y cuando el despido no pueda ser declarado procedente, por existir razones objetivas que así lo justifiquen.

1. Conflictos laborales en materia de conciliación de la vida personal, laboral y familiar

Los conflictos laborales son el resultado o consecuencia de la contraposición de intereses entre quien posee la fuerza del trabajo y no tiene capital y aquel que, poseyendo el capital, carece de fuerza de trabajo. Estos conflictos vienen a mostrar la realidad de las tensiones que se encuentran en el origen de las relaciones laborales y que en lo que se refiere al objeto del presente Trabajo de Fin de Grado están relacionados con un cambio en los aspectos jurídicos que regulan la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

Los conflictos laborales, comúnmente, se han clasificado según un doble criterio: por su naturaleza o el interés que se pretende defender (conflictos individuales, colectivos o plurales), o por sus pretensiones (conflictos jurídicos y de intereses)². No obstante, hay otras clasificaciones que atienden a un tercer criterio, referido al significado del conflicto, diferenciando así entre conflictos propios (estrictamente laborales) e impropios, y entre los novatorios (que pretenden mejorar las condiciones de trabajo existentes) y los conflictos por incumplimiento (al no observar una norma jurídica)³.

El ordenamiento jurídico en general recoge distintos procedimientos de solución de conflictos, que en unos casos son de carácter obligatorio, y en otros son el resultado de acuerdos consensuados por las partes en conflicto donde se encuentran: la conciliación, la mediación y el arbitraje. En el Derecho del Trabajo y en el sistema de relaciones laborales estos procedimientos son generalmente utilizados, en tanto, la solución de la controversia se realiza a través de o mediante la intervención de un tercero distinto de las partes en conflicto, que o bien se halla habilitado profesionalmente por el Estado para la solución de conflictos jurídicos, o bien es un tercero que asume una intervención de intensidad variable y ascendente⁴ que depende del instrumento de solución empleado.

² RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., *Conciliación de la vida personal, familiar y la laboral y tiempo de trabajo*, La Laguna, 2014, pág. 382

³ *Ídem*, pág. 382

⁴ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2017, pág. 396

2. Tutela judicial y cauces procesales para la tutela de los derechos de conciliación

Para resolver los conflictos que surgen entre los intereses del trabajador y del empresario en materia de conciliación, la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social (en adelante, LRJS) establece en su art. 139 una modalidad específica para su sustanciación.

Sin embargo, en relación con los derechos de conciliación es posible afirmar que “no cabe hablar de un tratamiento procesal sistemático, ni unitario de las garantías procesales”⁵. Por lo tanto, aunque se utilice la vía procesal mencionada anteriormente, pueden existir, y de hechos existen otros posibles cauces de tutela de los derechos de conciliación de la vida personal, laboral y familiar⁶: el proceso laboral ordinario⁷, la modalidad procesal especial de despido, el proceso de conflictos colectivos⁸, el procedimiento de oficio incorporado en el art. 148 c) LRJS, el proceso especial de Seguridad Social, la modalidad procesal especial de tutela de derechos fundamentales, y finalmente, a través del recurso de amparo, cuando resulte pertinente, ante el Tribunal Constitucional.

⁵ MARTÍNEZ MOYA, J, “Las garantías procesales del ejercicio de los derechos de maternidad y conciliación”, en AA VV, *Trabajo y familia en la jurisdicción social. conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007, pág. 331

⁶ TASCÓN LÓPEZ, R., *La Modalidad Procesal Especial de tutela de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral*, Navarra, Aranzadi, 2012, págs. 57 y ss.

⁷ En este aspecto, la STS de 24 de abril de 2012 (Rec. 3090/2011), apoyándose en las STS de 13 de junio de 2008 (Rec. 897/2007) y 18 de junio de 2008 (Rec. 1625/2007), en el análisis de solicitudes sobre la adecuación de jornada y horario, en las que no se pedía reducción en la jornada, sino un cambio de turno de trabajo por razones de cuidado de menor, llegó a la conclusión de que cabía la utilización del proceso ordinario, y no la modalidad prevista, entonces, en el art. 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral, admitiendo que la sentencia no era firme, y que frente a ella cabía recurso de suplicación

Sin embargo, la STS de 25 de marzo de 2013 (Rec. 957/2012) recoge cambios respecto al criterio citado anteriormente, pues ya desde el 20 de marzo de 2007, la propia Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que introdujo la Disposición Adicional decimoséptima en el ET, remitía cualquiera discrepancia en materia de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, reconocidos legal o convencionalmente, al procedimiento del art. 138 bis LPL, superando de esta forma la doctrina citada anteriormente. En el mismo sentido se pronuncian la STS de 28 de junio de 2013 (Rec. 4213/2011) y la STS de 16 de septiembre de 2013 (Rec. 2326/2012).

⁸ Así ocurrió en la STS de 18 de mayo de 2016 (Rec. 198/2015) que sustanció a través del proceso de conflictos colectivos un supuesto donde se cuestiona si la concreción horaria debe realizarse dentro de la jornada diaria o de la jornada ordinaria de trabajo, posibilidad que se encuentra contemplada en los artículos 32 y 33 del Convenio Colectivo de Contact Center. De igual manera, y por medio del proceso de conflictos colectivos la STS de 15 de septiembre de 2016 (Rec. 260/2015) resuelve un supuesto donde se cuestiona el derecho de los trabajadores del sector Contact Center a que la concreción horaria de la reducción de la jornada por guarda legal y por motivos familiares no se realice solamente dentro de su jornada ordinaria diaria de trabajo.

No obstante, serán objeto de estudio específico en este Trabajo de Fin de Grado las siguientes: la modalidad procesal especial del art. 139 LRJS, la modalidad procesal especial de tutela de los derechos fundamentales del art. 177 LRJS y la modalidad procesal especial de despido del art. 184 LRJS en relación con el art. 108.2 LRJS y el art. 55.5 de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, en adelante, LET.

2.1 Modalidad procesal especial de tutela de los derechos de conciliación de la vida personal, laboral y familiar.

El régimen jurídico que se regula en el art. 139 LRJS aparece como vía procesal más adecuada, con razones justificadas⁹ “para el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, reconocidos legal o convencionalmente”. En este último aspecto, hay que señalar que los derechos de conciliación vienen regulados a través de normas de derecho necesario relativo, lo que implica, por tanto, que sus contenidos podrán ser mejorados por la negociación colectiva¹⁰ (también por el acuerdo individual o el uso de empresa¹¹).

Y teniendo en cuenta la Disposición Adicional Decimoctava de LET¹², el mencionado procedimiento se encarga de regular las discrepancias que surjan entre empresarios y trabajadores en relación con estos derechos. Discrepancias que pueden ser totales (si el empresario muestra su negativa a que ese derecho se disfrute) o parciales (en el caso de que se limite a una disconformidad con el ejercicio propuesto por el trabajador)¹³.

2.1.1 El objeto del proceso

El alcance constitucional del derecho a la conciliación de la vida laboral y familiar se basa en el art. 14 de la Constitución Española (en adelante, CE), desde su perspectiva de no discriminación por razón de sexo, así como en el derecho a la

⁹ STS de 28 de junio de 2013 (Rec. 4213/2011)

¹⁰ TASCÓN LÓPEZ, R., *La modalidad procesal especial de tutela de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral*, óp. cit., pág. 42

¹¹ GORELLI HERNANDEZ, J, “*Novedades procesales de la Ley de Igualdad*”, *Temas Laborales*, nº 91, 2007, pág. 363.

¹² La anterior Disposición Adicional Decimoséptima recogida en la LET de 1995, fue introducida por la Disposición adicional undécima.20 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, en adelante, LOIEMH.

¹³ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., *Conciliación de la vida personal, familiar y la laboral y tiempo de trabajo*, óp. cit., pág. 399

protección de la familia y la infancia (art. 39 CE)¹⁴, debiendo prevalecer ambas dimensiones en la solución ante cualquier duda interpretativa de la legalidad ordinaria¹⁵.

Respecto al objeto de la modalidad procesal que regula el art. 139 LRJS no hay ningún precepto que contenga una enumeración de cuáles son los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, y se entiende que, por tanto, está integrada por las figuras jurídicas que permiten a los trabajadores compatibilizar el trabajo con la atención de los intereses familiares¹⁶.

Según un sector de la doctrina¹⁷, los derechos de conciliación que formarían parte del objeto material de la modalidad procesal específica serían los siguientes:

1. Adaptación o distribución de la jornada de trabajo, para hacer efectivo el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, en los términos que se establezcan en la negociación colectiva o en el acuerdo al que llegue con el empresario (art. 34.8 LET)¹⁸.

¹⁴ Sentencia de la Sala de lo Social, TSJ (Canarias), de 15 de diciembre de 2017 (Rec. 1249/2017)

¹⁵ Sin embargo, los Tribunales se han decantado por la prevalencia del interés empresarial al resolver discrepancias sobre el ejercicio del derecho a la reducción de jornada, cuando en esa solicitud no se hace referencia a la situación laboral del otro progenitor teniendo en cuenta que la conciliación de la vida laboral y familiar ha de enmarcarse “en un régimen de corresponsabilidad”, como ocurrió en la Sentencia de la Sala de lo Social, TSJ (Madrid) de 27 de enero de 2009 (Rec. 4376/2008), donde la empresa sí acreditó que la petición alteraba claramente el régimen de organización del tiempo de trabajo. Asimismo, GARCÍA TESTAL, E. y LÓPEZ BALAGUER, M., *Los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar en la empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pág. 136

¹⁶ AGUILERA IZQUIERDO, R., “*Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres*”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº extraordinario, 2007, pág. 72. Defendiendo que la LOIEMH debería haber concretado los derechos con los que podría utilizarse este procedimiento, ARAGÓN GÓMEZ, C., “*La tutela del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres en el orden social*”, en AA.VV. (MERCADER UGUINA, J., Coord.), *Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre hombres y mujeres*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2007, pág. 754

¹⁷ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., *Conciliación de la vida personal, familiar y la laboral y tiempo de trabajo*, óp. cit., pág. 395; GORELLI HERNANDEZ, J., “*Novedades procesales en la Ley de Igualdad*”, óp. cit. pág. 363; AGUILERA IZQUIERDO, R., “*Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres*” óp. cit. pág. 72; TASCÓN LÓPEZ, R., *La modalidad procesal especial de tutela de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral*, óp. cit., pág. 43 y ss

¹⁸ Cabe entender que el art. 34.8 ET lo que configura es un poder de incitativa del titular de este derecho a realizar, de acuerdo con el principio de buena fe, propuestas razonables de concreción de su jornada de trabajo, tal como recoge la Sentencia de la Sala de lo Social, TSJ (Andalucía) de 1 de febrero de 2018 (Rec. 4108/2017).

Sin embargo, hay que tener presente, que en varias ocasiones el TS ha negado que el art. 34.8 LET otorgue ampro legal a las reclamaciones de modificación de horario o turno de trabajo que no vayan unidas a una solicitud de reducción de jornada ex art. 37.5 y 6 LET, en ausencia de una previsión convencional o pacto individual al respecto, en este sentido, SALA FRANCO, T., LÓPEZ TERRADA, E.

2. Permiso retribuido de 15 días naturales en caso de matrimonio (art. 37.3.a) LET).

3. Permiso retribuido de 2 días (ó 4 en el caso de que se requiera desplazamiento) por nacimiento de hijo o fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario, de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad (art. 37.3.b LET).

4. Permiso retribuido de 1 día por cambio de domicilio habitual (art. 37.3.c) LET).

5. Permiso retribuido “por tiempo imprescindible” para exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto y, en los casos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento para la asistencia a las preceptivas sesiones de información y preparación y para la realización de los preceptivos informes psicológicos y sociales previos a la declaración de idoneidad, siempre en todos los casos, “que deban realizarse dentro de la jornada de trabajo” (art. 62.5 Ley de Prevención de Riesgos Laborales, en adelante, LPRL, y 37.3.f) LET).

6. Permiso por lactancia de 1 hijo menor de 9 meses para ausentarse durante una hora de trabajo, que podrá dividirse en dos fracciones o, de acuerdo con la negociación colectiva o en el acuerdo con el empresario, suponer la reducción de media hora de jornada ordinaria del trabajo o acumularlo por jornadas completas (art. 37.4 LET).

7. Permiso para ausentarse durante una hora de la jornada de trabajo (o reducirla en dos horas con disminución proporcional del salario) e los casos de nacimientos de hijos prematuros o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto (art. 37.5 LET).

8. Reducción de jornada, con disminución proporcional de salario, entre al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la duración de aquélla, para el cuidado de hijo menor de 12 años¹⁹ o de familiar hasta segundo grado por consanguinidad o

y TODOLÍ SIGNES, A., *Jurisprudencia social a debate*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pág. 138: igualmente, entre otras, la SSTS de 20 de octubre de 2010 (Rec. 3501/2009), de 24 de abril de 2012 (Rec. 3090/2011).

¹⁹ El permiso previsto en el art. 37.6º LET queda condicionado a tener a cargo efectivo un menor, es decir, no tiene efecto jurídico alguno durante la gestación, en este sentido, se pronuncia la Sentencia de la Sala de lo Social, TSJ (Canarias), de 15 de diciembre de 2017 (Rec. 1249/2017).

afinidad que, por razones de edad, accidente o enfermedad, no puedan valerse por sí mismos y no desempeñen actividad retribuida (art. 37.6 LET²⁰).

9. Permiso para asistencia a exámenes oficial, así como preferencia para elegir turno de trabajo que permita seguir con la regularidad estudios para la obtención de un título académico o profesional (art. 23.1.a) LET); de igual modo, adaptación de la jornada ordinaria para la asistencia a curso de formación profesional o la concesión del permiso oportuno de formación o perfeccionamiento profesional (art.23.1.b) LET).

10. Suspensión del contrato de trabajo por maternidad, paternidad²¹, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento de menores de 6 años o cuando se trate de menores de edad que sean mayores de 18 años discapacitados o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero tengan especiales dificultades de inserción social y familiar, debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes (art. 45.1 d) y apartados 4,5,6 y 7 del art 48 LET).

11. Suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural de un menor de 9 meses (art. 45.1.e) y art. 48.8 LET)

12. Excedencia para el cuidado de hijos (de duración no superior a 3 años, el primero de ellos con derecho de reserva del puesto de trabajo) o familiares hasta segundo grado (de duración no superior a 2 años) que por razón de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retributiva (art. 46.3 LET).

13. Excedencia voluntaria del trabajador con al menos 1 año de antigüedad en la empresa, por un periodo no menor de 4 meses y no mayor de 5 años (art. 46.2 LET).

14. Traslado para la reagrupación familiar de cónyuges que trabajen en la misma empresa, cuando uno sea trasladado y haya puesto de trabajo disponible que pueda ocupar el otro (art. 40.3 LET).

²⁰ Es dominante el criterio de que en el art. 37.6 ET se reconoce el derecho a una reducción de jornada con la consiguiente reducción de retribuciones; pero no comprende el cambio de horario, y por tanto de turnos, de forma unilateral, sin reducción de jornada, tal como recoge la Sentencia de la Sala de lo Social, TSJ (Andalucía) de 1 de febrero de 2018 (Rec. 4108/2017).

²¹ STEDH de 7 de octubre de 2010, Konstantin Markin vs. Rusia, confirmada a 22 de marzo de 2012 por la Gran Sala donde se concluye que “el derecho a un permiso parental está incluido dentro del derecho a la vida familiar y la exclusión de su disfrute a soldados varones es una vulneración acumulativa de los arts. 8 (derecho a la vida familiar) y 14 (principio de igualdad) del Convenio Europeo”.

15. Posibilidad de que los trabajadores a tiempo parcial dejen sin efecto el pacto de horas complementarias al año de su celebración, para la atención de responsabilidades familiares (art. 12.5. e) LET).

16. Adaptación de las condiciones de trabajo de la trabajadora embarazada para la adecuada protección de la salud del feto (art. 26.1 LPRL) o del lactante (art. 26.4 LPRL).

17. Reducción y/o ordenación de jornada (adaptando el horario, aplicando uno flexible o mediante otras fórmulas que se utilicen en la empresa) o suspensión del contrato de trabajo de la trabajadora víctima de violencia de género (art. 37.7 LET).

La inclusión en la lista anterior de determinados derechos implica que también forman parte del más amplio derecho a la conciliación las circunstancias personales²², y no solo familiares; ello es así por su “evidente consideración como derechos de conciliación”. Sin embargo, si recordamos las características de preferencia, urgencia y no recurribilidad establecidas en el procedimiento que regula el art. 139 LRJS, salvo que se haya acumulado la acción de daños y perjuicios, esta ampliación del objeto de la presente modalidad procesal, en mi opinión, puede ser menos beneficiosa que acudir al proceso ordinario, en tanto, no se reconoce la posibilidad de recurrir la sentencia que se haya dictado.

Pues bien, siguiendo este criterio se podrían producir situaciones de indefensión en la medida en que las sentencias dictadas en esta modalidad no se pueden recurrir. Veamos como ejemplo el caso de la “excedencia voluntaria del trabajador” que regula el art. 46.2 LET: el Tribunal Supremo en su Sentencia de 8 de febrero de 2018 (Rec. 404/2016), resuelve que no debe ser estimado el recurso interpuesto por un trabajador que una vez hecho uso de dicha excedencia y al intentar reincorporarse a su puesto de trabajo se encuentra con una situación en la que ya no existían puestos vacantes. Entiende el TS que “se han extinguido las relaciones laborales de varios trabajadores de su misma categoría profesional (...), pero al no haber activado ningún mecanismo para su cobertura, no cabe considerar que exista vacante a la que en el momento actual tenga derecho el demandante”. No obstante, a través del Voto Particular se argumenta que sí

²² PÉREZ-BENEYTO ABAD J.J., “Jornada y conciliación en el trabajo”, en AA VV, *Trabajo y familia en la jurisdicción social. conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007, págs. 282 y ss.

existían plazas y ninguna fue adjudicada al excedente voluntario, tras su solicitud de reingreso al finalizar el periodo de excedencia, y que, por lo tanto, el recurrente habría tenido derecho al reingreso.

En definitiva, este es uno de los ejemplos que se puede alzar contra el uso del art. 139 LRJS para alguno de los supuestos enumerados en la lista anterior. Igual ocurriría en relación con el permiso de 1 día por cambio de domicilio habitual, que más que con la vida familiar, se conecta con la vida personal. Por ello parece más razonable que se ejercite la acción a través del procedimiento ordinario, en tanto, se posibilita que el órgano superior jerárquico pueda revisarlo y, en su caso, rectificar.

2.1.2. Las partes en el proceso

Como recoge el art 139.1 LRJS, el trabajador presentará la demanda ante el Juzgado de lo Social porque es quien ostenta la legitimación activa, ya que se encuentra directamente afectado por la decisión del empresario, defendiendo un interés personal y legítimo en relación con los derechos de conciliación que pretende ejercitar. De lo dicho anteriormente, se desprende que es el trabajador quien debe reclamar a través de la vía judicial, especialmente por esta modalidad, para establecer el período de disfrute y la concreción horaria dentro de la jornada ordinaria correspondiente²³.

Sin embargo, este criterio se opone al sostenido por otro sector de la doctrina²⁴, que entiende que lo más coherente hubiera sido “designar al empresario como sujeto sobre el que recae la carga de demandar” en el caso de que no se muestre conforme con el uso que el trabajador hubiera efectuado de su derecho²⁵.

A pesar de esta opinión, en la modalidad procesal del art. 139 LRJS quien está legitimado pasivamente es el empresario que ha mostrado la negativa o disconformidad con la propuesta llevada a cabo, por lo que la regulación concede así al empleador la

²³ CRUZ VILLALÓN, J., “*El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado (comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)*”, en Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº extraordinario, 1999, págs. 89 y 90.

²⁴ RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M., “*La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (y III)*”, Relaciones Laborales, nº 19, 1999, pág. 6 o LOUSADA AROCHENA, J.F., “*La modalidad procesal especial en materia de permiso de lactancia y de reducción de jornada por motivos familiares*”, Actualidad Laboral, nº 2, 2003, pág. 475.

²⁵ GORELLI HERNANDEZ, J: “*La reciente Ley 39/199, para promoverla conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras*”, Relaciones Laborales, nº. 24, 1999, pág., 22

posición procesal más cómoda²⁶, ya que, si fuese un supuesto de ejercicio unilateral, el trabajador comunicaría al empresario la determinación y concreción de su derecho, siendo a éste al que le correspondería la carga de iniciar el proceso²⁷, con la presentación de la demanda.

Asimismo, están legitimados pasivamente los otros trabajadores de la empresa ante la necesidad de evitar la indefensión que, en caso contrario, se les va a producir, y todo ello debido al principio de tutela judicial efectiva²⁸, porque son los que se verán afectados por la decisión judicial que finalmente recaiga y se contraponga con sus intereses. Aunque es cierto que no existe un precepto en el art. 139 LRJS que haga referencia a la necesidad de constituir litisconsorcio pasivo necesario, no parece que vaya a ser exigible como presupuesto procesal, susceptible de condicionar la corrección de la relación jurídica procesal²⁹ y la consiguiente admisión de la demanda.

Cabe destacar la falta de legitimación expresa en el orden social respecto a las “asociaciones a favor de la igualdad entre hombre y mujeres”³⁰, a pesar de que el art. 12 LOIEMH concede capacidad y legitimación para intervenir en los procesos sociales a las personas jurídicas con interés legítimo, siempre que se encuentren “determinadas en las Leyes reguladoras de estos procesos”, pero la LRJS no lo ha introducido, por lo tanto, simplemente se le reconoce y confiere la facultad a las organizaciones sindicales que figuran en el art. 20 LRJS³¹.

2.1.3. La demanda

Esta modalidad procesal comienza y sigue su curso con la presentación de la demanda, que se formula por escrito, cumpliendo los requisitos generales exigibles en el

²⁶ CRUZ VILLALÓN, J.: “*El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado (comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)*”, óp. cit. pág. 89

²⁷ GARCÍA TESTAL, E. y LÓPEZ BALAGUER, M., *Los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar en la empresa*, óp. cit. pág. 167

²⁸ ASENJO PINILLA, J.L., “*Derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral*”, en AA.VV., *Memento de Procedimiento Laboral*, Madrid, Francis Lefebvre, 2015, pág. 867

²⁹ LOUSADA AROCHENA, J.F., “*La modalidad procesal especial en materia de permiso de lactancia y de reducción de jornada por motivos familiares*”, óp. cit., pág. 482

³⁰ TASCÓN LÓPEZ, R., *La modalidad procesal especial de tutela de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral*, óp. cit., pág. 85

³¹ LÓPEZ-TAMES IGLESIAS, R. Y LANTARÓN BARQUÍN, D., “*Reflexiones en torno a la incidencia conceptual y procesal de la Ley de Igualdad*”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 19, 2009, pág. 24

proceso laboral, en tanto, que el art. 139 LRJS nada dice al respecto, se ha de aplicar supletoriamente la normativa fijada a tal efecto y con carácter general.

Por tanto, se aplicará lo dispuesto en el art. 80 LRJS, es decir, que no se ha de olvidar de incluir la *causa petendi* ni el *petitum*, entre otros aspectos del contenido³². En relación con la primera, el trabajador tendrá que enumerar los hechos³³ sobre los que versa la pretensión de manera clara y concreta, haciendo mención a las circunstancias personales y profesionales del actor, haciendo un mayor hincapié en aquellas que impliquen un mayor derecho frente a un posible codemandado, asimismo, las circunstancias personales del sujeto causante, también el contenido, la fecha y la forma en que se ha concretado el rechazo y discrepancias formuladas por el empresario, las cuales no pueden ser arbitrarias, porque eso viene a significar que no conocen el alcance constitucional de este tipo de derechos.

En relación con el segundo, una vez expuestos los hechos y fundamentos de derechos en los que se apoya, habrá de establecer de manera clara la petición requerida, en otras palabras, el disfrute del derecho de conciliación del que se es titular, en los términos solicitados³⁴.

Según el art. 139.1 a) LRJS el plazo para formular esta demanda es de 20 días hábiles desde que el empresario le haya comunicado su negativa o disconformidad. El carácter de ese plazo ha sido discutido, porque un sector de la doctrina defiende que se trata de un plazo de prescripción³⁵. No obstante, otro sector de la doctrina considera que

³² En el caso de que se acumule a la reclamación del derecho a la conciliación, la acción de reclamación de años y perjuicios derivados de la negativa o de la demora en la efectividad, así como de los daños derivados de una actuación empresarial discriminatoria hacia el trabajador o lesiva de otros derechos fundamentales (arts. 139.1 a) y 26.2 LRJS), la demanda debe incluir la cuantía de la indemnización solicitada, especificando los daños y perjuicios sufridos por el actor (art. 179.3 LRJS), en este sentido, AA. VV. (BLASCO PELLICER, A., y GOERLICH PESET, J.M, Directores)., *La reforma del proceso laboral. La nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pág. 317

³³ Muestra de ello es la enumeración de los hechos que se realiza en las siguientes sentencias: SJS Valladolid de 5 de febrero de 2018 (Rec. 1059/2017), SJS Guadalajara de 5 de febrero de febrero de 2018 (Rec. 824/2017), SJS Valladolid de 26 de enero de 2018 (Rec. 1047/2017), SJS Gijón de 19 de enero de 2018 (Rec. 693/2017).

³⁴ TASCÓN LÓPEZ, R., *La modalidad procesal especial de tutela de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral*, óp. cit. pág. 101.

³⁵ FERNÁNDEZ LÓPEZ M.F., *Los procesos especiales en la Jurisdicción social*, Albacete, Bomarzo, 2012, pág. 101; RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., *Conciliación de la vida personal, familiar y la laboral y tiempo de trabajo*, óp. cit., pág. 407. En el mismo sentido, la STS de 19 de julio de 2012 (Rec. 3387/2011) recoge que “sería preferible calificar el plazo no como de caducidad sino como plazo de ejercicio jurisdiccional, lo que permitiría reiniciarlo siempre que se hubiera producido una nueva

un criterio sistemático y razones finalistas llevan al unánime conceso de entender que dicho plazo es de caducidad³⁶, lo que también encuentra apoyo en la urgencia que caracteriza a esta modalidad procesal. Por tanto, ese debate se mantiene vivo; sin embargo, hay que tener en cuenta que desde las SSTs de 3 de diciembre de 2013 (Rec. 775/2013) y 28 de junio de 2013 (Rec. 4213/2011) se indica que este procedimiento es el “que el legislador ha considerado (...) más adecuado para sustanciar estas pretensiones de conciliación, pues (...) requiere una solución rápida que no puede demorarse y de ahí la exclusión de los recursos, el juego de la caducidad, la urgencia y la preferencia de la tramitación y el acortamiento de los plazos”³⁷.

El cómputo inicial, es decir, el *dies a quo* se inicia desde que el empresario le comunique su negativa o disconformidad al trabajador respecto a la propuesta, por tanto, es importante conocer cuando se produjo dicha notificación, porque desde este momento comienza a contarse el plazo de los 20 días hábiles, además esta notificación presenta un carácter recepticio, lo que significa que el cómputo empieza desde que llegue a conocimiento del trabajador (art. 133.1 Ley de Enjuiciamiento Civil, en adelante LEC), salvo supuestos de evasiva injustificada y de mala fe del trabajador, debidamente justificada. Pero cabe preguntarse qué ocurre si han tenido lugar varias comunicaciones, en cuyo caso, parece adecuado considerar que ha de ser atendida la última que se ha realizado, por entender que tiene carácter definitivo.

Respecto al *diez ad quem* nada se dice, sólo cabe destacar por su carácter excepcional frente a la regla general de la inhabilidad que el mes de agosto se considera hábil en el ámbito de lo contencioso laboral, según el art. 43.4 LRJS.

2.1.4. Características del procedimiento

La presente modalidad procesal regulada en el art. 139 LRJS, sucesor del art. 138 bis de la Ley de Procedimiento Laboral (en adelante, LPL), es el resultado de la

petición-propuesta de concreción horaria al empresario, y éste la hubiera rechazado (...) la calificación de caducidad, con los efectos restrictivos que comporta”.

³⁶ TASCÓN LÓPEZ, R., *La modalidad procesal especial de tutela de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral*, óp. cit., pág. 101. Asimismo, la Sentencia de la Sala de lo Social, TSJ (Cataluña) de 17 de febrero de 2006 (Rec. 4248/2005).

³⁷ En este mismo sentido, las Sentencias de la Sala de lo Social, TSJ (Valencia) de 27 de octubre de 2017 (Rec. 147/2017); TSJ (Cataluña) de 17 de enero de 2018 (Rec. 6869/2017); TSJ (Madrid) de 14 de febrero de 2018 (Rec. 1424/2017)

modificación introducida por el art. 9.2 de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Al comienzo, simplemente se hacía referencia a un procedimiento destinado para la concreción horaria y la determinación del periodo de disfrute en los “permisos por lactancia y por reducción de jornada” por motivos familiares.

Sin embargo, el objeto que en un principio se encontraba restringido sólo a estos supuestos, con la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, se ve ampliado, en tanto, ahora se establece un procedimiento para “el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente”, misma redacción que recoge el art. 139 LRJS. Por tanto, se produjo una ampliación del ámbito material.

2.1.4.1 La acumulación o la prohibición de acumulación

Con carácter general, este tipo de acción no puede acumularse entre sí ni a otras acciones distintas en un mismo juicio, según el tenor del art. 26.1 LRJS. Se entiende así por la propia limitación cognitiva de esta modalidad procesal especial, es decir, que “su específica delimitación procesal especial, hace surgir una especie de no acumulabilidad objetiva, así como de reconvencción evidente”³⁸.

En el caso de acumularse indebidamente las acciones, el art. 27.1 LRJS exige que el Letrado de la Administración de Justicia requiera al demandante para que en el plazo de 4 días subsane el defecto, eligiendo la acción que pretende mantener. Pero en su segundo apartado recoge que “cuando se trate de una demanda sometida a un plazo de caducidad, a la que se hubiera acumulado otra acción (...), aunque el actor no opte, se seguirá la tramitación del juicio por aquella, y el Juez o Tribunal tendrá por no formulada la otra acción acumulada, advirtiéndose al demandante de su derecho a ejercerla por separado”. Por lo tanto, permitiendo la ley esta posibilidad y el art. 139.1 a) LRJS fijando un plazo de caducidad, es posible salvar esa acumulación indebida³⁹.

³⁸ MARTINEZ MOYA, J., “Las garantías procesales del ejercicio de los derechos de maternidad y conciliación”, en AA VV, *Trabajo y familia en la jurisdicción social. conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*, óp. cit. pág.404.

³⁹ En este sentido, la Sentencia de la Sala de lo Social, TSJ (Valencia) de 27 de octubre de 2017 (Rec. 147/2017) establece que permitiendo la ley la posibilidad del art. 27.2 LRJS y en tanto no se ofreció a la demandante, nada impediría a la Juez de Instancia, una vez desistida de la acción de ampliación de

No obstante, el propio art. 139.1 a) LRJS establece la posibilidad de acumular la acción de daños y perjuicios causados al trabajador⁴⁰, exclusivamente por aquellos derivados de la negativa del derecho o por la demora en la efectividad de la medida. Sin embargo, el empresario puede exonerarse de tal abono, si hubiera dado cumplimiento al menos de forma provisional, a la medida propuesta por el trabajador. En relación con esa “demora” cabe destacar que si el empresario se mantiene pasivo en ese deber de negociación de buena fe⁴¹, limitándose a rechazar las propuestas sin fijar ningún tipo de alternativa, va a correr el riesgo de tener que pagar la indemnización originada por la sola negativa a una aplicación de las mismas, aunque sea al menos “provisional”⁴².

Es precisamente la acumulación a la demanda de conciliación de la de acción de resarcimiento de perjuicios, la que brinda la posibilidad de recurso⁴³, no obstante, el carácter general de la irrecurribilidad se abordará en epígrafes posteriores.

2.1.4.2 Medidas cautelares

En este punto hay que plantearse como armoniza la adopción de medidas cautelares con el carácter preferente y urgente de esta modalidad procesal. Sin embargo, el verdadero perjuicio que vaya a producirse se ha de centrar en los graves daños que se pueden generar en la posición del trabajador durante la sustanciación del proceso (ya

jornada (que se acumuló indebidamente a la pretensión de la fijación de su jornada laboral con la distribución horaria), reconducir el procedimiento al especial del art. 139 LRJS, mas cuando la demanda fue interpuesto en el plazo de caducidad estipulado.

Por tanto, estima el recurso interpuesto por la trabajadora, declarando la nulidad de la resolución dictada en instancia, y retroacción del procedimiento, procediéndose a dictar una nueva sentencia por la Juez de Instancia, resolviendo sobre el fondo de la cuestión planteada.

⁴⁰ En este sentido se pronuncia la Sentencia del Juzgado de lo Social de Ibiza de 5 de febrero de 2018 (Rec. 1138/2017), donde el conflicto reside en el retraso del ejercicio legítimo del derecho que le asiste, amulando una acción de daños y perjuicios, pero como la “existencia de un perjuicio (...) ni se ha alegado, ni se ha probado, ni puede naturalmente inferirse del concreto retraso de un mes en la aplicación del cambio de horario”, la demanda no prosperó

⁴¹ El deber de buena fe contractual en el ejercicio de los derechos de conciliación desvela un perfil relacionado directamente con el uso adecuado de la utilización de las medidas de acuerdo con la finalidad permitir la compatibilidad entre trabajo y responsabilidades familiares, partiéndose de la dimensión constitucional de estas medidas, tanto del derecho de no discriminación (art 14 CE), como del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), así lo recoge CABEZA PEREIRO J. y FERNÁNDEZ DOCAMPO B. (Coords.), *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pág. 323

⁴² MOLINA NAVARRETE, C., *Análisis de la Nueva Ley de Jurisdicción Social. Nuevas reglas legales, nuevos problemas, nuevos retos*, Madrid, La Ley, 2012, pág. 283

⁴³ En este sentido se pronuncia la Sentencia de la Sala de lo Social, TSJ (Madrid) de 14 de febrero de 2018 (Rec. 1424/2017), donde se deniega “la admisibilidad del recurso de suplicación conforme al art. 191.3 b) de la LRJS, por cuanto el recurso no contiene motivo alguno referido a infracciones (...). Criterio seguido por esta Sala de lo Social en sentencia de fecha de 13-3-2017 – Rec. 39/2017”

que no podrá atender las necesidades familiares dignas de protección), daños que difícilmente podrán ser reparados por una futura sentencia, generando así un perjuicio mayor en casos de negativas injustificables o arbitrarias del empresario⁴⁴.

Si la demanda es formulada por una trabajadora víctima de violencia de género, podrá instar la adopción de las medidas cautelares conforme al art. 180.4 LRJS en relación con el art. 139.2 LRJS⁴⁵. Ahora bien, para la protección de los derechos de conciliación no hay regulación expresa referente a las medidas cautelares, por lo que habrá de remitirse a la normativa general. En este caso, el art. 79 LRJS indica que dichas medidas se adoptaran por el órgano judicial⁴⁶ cuando “resulten necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial (...) con la necesaria adaptación a las particularidades del proceso social y oídas las partes, si bien podrá anticiparse en forma motivada la efectividad de las medidas cuando el solicitante así lo pida y acredite que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar”.

Por tanto, siguiendo la remisión que se hace a los arts. 726 y 727 LEC, se podrán acordar siempre y cuando se aprecie los requisitos generales de *fumus boni iuris* y *periculum in mora*, para hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiese otorgar una eventual sentencia estimatoria (de las peticiones de conciliación), y no sea susceptible de sustitución por otra medida igualmente eficaz pero menos gravosa o perjudicial para el demandado⁴⁷.

El trabajador no puede decidir unilateralmente la adopción de aquellas medidas cautelares que considere oportunas en su caso, ya que dependen de una decisión judicial. No obstante, en este punto tenemos que recordar qué es lo que ocurre, según el art. 139.1 a) LRJS, cuando el empresario ha dado cumplimiento, al menos

⁴⁴ TASCÓN LÓPEZ, R., *La modalidad procesal especial de tutela de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral*, óp. cit., pág. 106

⁴⁵ TOSCANI GIMENEZ, D., ALEGRE NUENO, M. y VALENCIANO SAL, A., *El nuevo proceso laboral. Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Madrid, El Derecho, 2012, pág. 312 y 313

⁴⁶ A modo de ejemplo de medidas cautelares establecidas por el órgano judicial son las que se recogen en las siguientes Sentencias de la Sala de lo Social: TSJ (Zaragoza) de 23 de marzo de 2015 (Rec. 155/2015), TSJ (Canarias) de 8 de enero de 2016 (Rec. 867/2015)

⁴⁷ BLASCO PELLICER, A., “*La tutela cautelar laboral tras la nueva Ley de Enjuiciamiento civil*”, *Aranzadi Social*, nº. 5, 2001, pág. 638

provisionalmente, a la medida propuesta por el trabajador, siendo la consecuencia de esta acción, la exoneración de la eventual indemnización de daños y perjuicios causados al trabajador por su negativa o disconformidad⁴⁸, pues de esta manera se puede concluir que la empresa, al menos, le ha permitido aunque sea con carácter provisional disfrutar del derecho de conciliación.

Por tanto, cabe formular la siguiente pregunta, ¿qué ocurre con las decisiones unilaterales que tome un trabajador? Hay que distinguir dos situaciones: la primera, la decisión por propia iniciativa del trabajador de pasar a prestar servicios con jornada reducida y en horario distinto, justificaría el despido del trabajador, de acuerdo con los arts. 54 a) y b) LET.⁴⁹; mientras que en la segunda, y en relación con el ejercicio del derecho a la excedencia por cuidado de hijos y familiares, los tribunales han llegado a admitir que el trabajador puede decidir unilateralmente el paso a la situación de excedencia cuando haya probado su situación de necesidad de conciliación y lo haya solicitado adecuadamente a la empresa⁵⁰.

2.1.4.3 Preferencia y urgencia en la tramitación

El procedimiento será urgente y de tramitación preferente, debiendo celebrarse la vista oral en el plazo de 5 días desde la admisión de la demanda y dictarse sentencia en el plazo de 3 días⁵¹, según el art. 139 LRJS, lo que responde a que el disfrute de los derechos de conciliación representa una necesidad inaplazable para el trabajador⁵². Esa preferencia y urgencia⁵³ se muestra en diferentes aspectos del desarrollo de esta modalidad procesal.

⁴⁸ TASCÓN LÓPEZ, R., *La modalidad procesal especial de tutela de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral*, óp. cit., pág. 108

⁴⁹ GARCÍA TESTAL, E. y LÓPEZ BALAGUER, M.: *Los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar en la empresa*, óp. cit. pág. 133

⁵⁰ Se entiende así porque “sería inoperante el derecho si para comenzar el disfrute hubiera de reclamarse previamente a instancias superiores o ante los tribunales” en la STSJ de Madrid de 5 de octubre de 2005 (REC 2823/05). Véase también GARCÍA TESTAL, E. y LÓPEZ BALAGUER, M.: *Los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar en la empresa*, óp. cit. pág. 151

⁵¹ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*, óp. cit., pág. 615

⁵² RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., *Conciliación de la vida personal, familiar y la laboral y tiempo de trabajo*, óp. cit., pág. 411

⁵³ Sin embargo, no se trata de un proceso sumario, tal como recoge GORELLI HERNÁNDEZ, J., “*La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras*”, óp. cit., pág. 22. A pesar de que se cite como “procedimiento sumario” en MOLINA

En primer lugar, se trata de una preferencia relativa, en cuanto se pone en relación con otros procesos, muestra de ello es lo que ocurre cuando se sustancia un proceso de tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas, pues el propio art. 179.1 LRJS recoge que serán “preferentes respecto de todos los que se sigan en el juzgado o tribunal”. Ahora bien, en el caso de que haya otras modalidades dotadas igualmente de preferencia tendrá que ser el órgano judicial, a la vista de las circunstancias concretas que rodeen cada supuesto, el que decida a cuál otorga preferencia en su tramitación, en función de la mayor o menor trascendencia del litigio que se está ventilando⁵⁴.

En segundo lugar, la urgencia se observa desde diferentes puntos de vista⁵⁵. En primer lugar, la limitación a un plazo de 20 días hábiles para la presentación de la demanda (art. 139.1 a) LRJS) y la prohibición de acumular otras acciones (art. 27.4 LRJS), a excepción de la de daños y perjuicios derivados de la negativa del derecho o de la demora en la efectividad de la medida (art. 139.1 a) II LRJS). En segundo lugar, la demanda se presenta directamente ante los Juzgados de lo Social⁵⁶ sin la obligación de intentar conciliación previa (art. 64 LRJS) o la reclamación administrativa previa (art. 70 LRJS). En tercer lugar, el carácter hábil del mes de agosto para la celebración de las actuaciones procesales⁵⁷ (art. 43.4 LRJS) y la brevedad del plazo para el señalamiento del acto de la vista (art. 139.1 b) LRJS)⁵⁸. Y en último lugar, contra la sentencia dictada para el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, laboral y familiar, no cabe la interposición de un recurso (art. 139.1 en relación con el art. 191.1 LRJS), salvo cuando se hubiese acumulado la pretensión de resarcimiento de perjuicios en una determinada cantidad.

NAVARRETE, C., *Análisis de la Nueva Ley de Jurisdicción Social. Nuevas reglas legales, nuevos problemas, nuevos retos*, óp. cit., pág. 281

⁵⁴ TASCÓN LÓPEZ, R., *La tutela judicial de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral*”, Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centros de Estudios Financiero), nº 323, 2010 pág. 79 y ss

⁵⁵ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., *Conciliación de la vida personal, familiar y la laboral y tiempo de trabajo*, óp. cit., pág. 411

⁵⁶ TOSCANI GIMENEZ, D., ALEGRE NUENO, M. y VALENCIANO SAL, A., *El nuevo proceso laboral. Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*. óp. cit., pág. 312

⁵⁷ TRILLO GARCÍA, A.R. (Coord.), *Análisis de la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014 pág. 61

⁵⁸ AA.VV. (FOLGUERA CRESPO, J.A., SALINAS MOLINA, F. y SEGOVIANO ASTABURUAGA, M.L. Directores), *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Valladolid, Lex Nova, 2011, pág. 528

2.1.5. El acto de conciliación

Partiendo del hecho de que hay una pretensión, a la que, en principio tiene derecho el trabajador que la solicita y que ha sido negada por el empresario, se puede entender que ello no sucedería si en algún punto se llegase a un acuerdo entre ambos. En este sentido, el art. 139.1 a) III LRJS, establece que “el empresario y el trabajador deberán llevar sus respectivas propuestas y alternativas de concreción a los actos de conciliación previa al juicio y al propio acto de juicio, que podrán acompañar, en su caso, de informe de los órganos paritarios de los órganos paritarios o de seguimiento de planes de igualdad de la empresa para su concesión en la sentencia”. De este artículo se desprende la intención del legislador de dar mayor protagonismo a los órganos que en la empresa deben velar por la igualdad, al prever que se aporten al acto de juicio sus informes sobre la cuestión controvertida⁵⁹, porque la información que en ellos se recoja puede revestir tal importancia que ayude al Juez a decidir.

Con esa posibilidad de negociación, lo que se pretende es que surja un acuerdo, por ejemplo, entre un trabajador con necesidad de reducir la jornada para el cuidado de un menor de 5 años, que expondrá su “propuesta”, justificándose, y el empresario que responderá con una “alternativa”, accediendo en dicho acto de conciliación a reorganizar las actividades que le corresponde realizar, o incluso presentando otras “propuestas”. Por tanto, es necesario que se fomenten estos procedimientos de solución, pues no deja de señalarse que la solución judicial no parece el remedio más eficaz a este tipo de controversias⁶⁰, que más que controversias jurídicas resultan en la práctica una diversidad de intereses en juego, para evitar así decisiones judiciales que afecten a los intereses de las dos partes.

Ahora bien, como ha pasado con otras instituciones de los derechos de conciliación, la normativa guarda silencio respecto a cómo se debe realizar el presente acto de conciliación, de manera que, como ya se ha argumentado, se tendrá que acudir a las normas generales, es decir, que habrán de regirse por las disposiciones del proceso ordinario, tal como establece el art. 102.1 LRJS.

⁵⁹ TOSCANI GIMENEZ, D., ALEGRE NUENO, M. y VALENCIANO SAL, A., *El nuevo proceso laboral. Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, óp. cit., pág. 313

⁶⁰ GOERLICH PESET, J.M. (Coord.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro Homenaje a Tomás Sala Franco*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, pág. 620

Respecto al momento en que se ha de llevar a cabo el acto de conciliación, el propio art. 139.1 b) III LRJS recoge que será “previo al juicio”⁶¹ y en el “propio acto de juicio”, por tanto, esto supone que puede ser negociada en el momento inicial ante el Letrado de la Administración de Justicia⁶² -que “intentará la conciliación”, así lo estipula el art. 84.1 LRJS -, como ante el Juez de lo Social (art. 84.3 LRJS), a lo largo del propio juicio, o incluso, en el momento final del mismo, una vez practicada la prueba y antes de las conclusiones⁶³, conforme al art. 85.8 LRJS que recoge un nuevo intento de avenencia entre las partes.

2.1.6. La sentencia

La resolución con la que finaliza este proceso adopta la forma de sentencia, que puede dictarse por escrito o de viva voz adelantando el fallo al terminar la vista oral. El plazo para dictar la sentencia es de 3 días, que es más breve que el establecido con carácter general de 5 días, lo que pone de manifiesto su carácter de urgencia.

2.1.6.1 Contenido

El contenido está relacionado con el objeto del proceso, en otras palabras, se ha de pronunciar sobre la pretensión solicitada.

Los posibles sentidos del fallo serán tres⁶⁴: estimatorio⁶⁵ de la pretensión, adoptando un pronunciamiento declarativo y de condena, permitiendo el ejercicio del derecho de conciliación; desestimatorio⁶⁶ declarando que el empresario se pueda oponer

⁶¹ “Previo al juicio” indica que se tendrá que llevar a cabo ante la Administración, en este sentido, la Sentencia de la Sala de lo Social, TSJ (Andalucía) de 1 de febrero de 2018 (Rec. 4108/2017) recoge que “se intentó llevar a cabo el acto de conciliación ante el SERCLA”; la STSJ (Zaragoza) de 7 de febrero de 2018 (Rec. 9/2018) establece que “se celebró acto de conciliación en el SAMA”

⁶² En este sentido actos de conciliación que se celebraron ante la “Sra. Letrada de la Administración de Justicia que concluyó sin avenencia” contenidos en las siguientes sentencias: SJS de Guadalajara de 18 de enero de 2018 (Rec. 766/2017), SJS de Guadalajara de 24 de enero de 2018 (Rec. 843/2017), SJS de Guadalajara de 5 de febrero de 2018 (Rec. 824/2017).

⁶³ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., *Conciliación de la vida personal, familiar y la laboral y tiempo de trabajo*, óp. cit., pág. 414

⁶⁴ En este sentido, RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., *Conciliación de la vida personal, familiar y la laboral y tiempo de trabajo*, óp. cit., pág. 416 y TASCÓN, LÓPEZ, R., *La Modalidad Procesal Especial de Tutela de Derechos de Conciliación de la Vida Personal Familiar y Laboral*, óp. cit., págs. 29 y 130

⁶⁵ Entre otras, la SJS de Guadalajara de 5 de febrero de 2018 (Rec. 824/2017) que “estima la demanda formulada (...) y declara el derecho de la trabajadora a la reducción de jornada y fijación de turno de mañana para el cuidado de hijo menor”

⁶⁶ Entre otras, la SJS de Burgos de 10 de enero de 2018 (Rec. 856/2017) que “desestima de demanda interpuesta (...) y absuelve a la entidad demandada de los pedimentos”. Asimismo, la SJS de Guadalajara de 24 de enero de 2018 (Rec. 843/2017) que “desestima por apreciación de la excepción de caducidad la

al disfrute pretendido por el trabajador; o parcialmente estimatorio⁶⁷, concediendo parcialmente alguna de las pretensiones solicitadas.

Sin embargo, si se hubiese otorgado más de lo que la demandante pidió o menos de lo que el demandado reconoció, es decir, cuando se produce una incongruencia *extra petita*, el efecto atendiendo a razones de economía procesal no ha de ser la nulidad de la resolución recurrida, al poderse fácilmente evitar la indefensión para cualquiera de las partes⁶⁸. No obstante, también puede ocurrir lo contrario y que la sentencia sea declarada nula, consecuencia que se observa en la Sentencia de la Sala de lo Social, TSJ (Andalucía) de 11 de diciembre de 2014 (Rec. 2094/2014), donde el TSJ estimó el recurso interpuesto por la parte actora, porque mientras que la causa de pedir fue una reducción de jornada determinada, el Juzgado de lo Social concretó el *petitum* en una jornada superior. Por lo tanto y teniendo en cuenta la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional (en adelante, TC), el TSJ entendió que la sentencia de instancia ha de ser considerada incongruente, declarando su nulidad, para que con la retroacción de las actuaciones se dicte otra por el/la Magistrado/a de instancia.

En cuanto al contenido de la sentencia, no cabe olvidar que, debido a la dimensión constitucional⁶⁹ de los derechos de conciliación, esta “ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa que pueda suscitarse ante la aplicación a un supuesto concreto de una disposición que afecte a la conciliación profesional y familiar”⁷⁰.

demanda planteada (...) y absuelve a la demandada de todas las pretensiones en su contra formuladas sin entrar en el fondo del asunto.”

⁶⁷ Entre otras, la Sentencia del Juzgado de lo Social de Guadalajara de 18 de enero de 2018 (Rec. 766/2017) que “estima parcialmente la demanda formulada (...) y declara el derecho de la trabajadora a la reducción de jornada para el cuidado de hijo menor (...), condenando a la empresa a estar y pasar por tal declaración, absolviendo expresamente a la empresa en cuanto a la reclamación de cantidad interesada”. Asimismo, la SJS de Barcelona de 1 de septiembre de 2015 (Rec. 626/2015)

⁶⁸ En este sentido, la Sentencia de la Sala de lo Social, TSJ (Cataluña) de 20 de enero de 2017 (Rec. 6600/2016) y la doctrina constitucional sobre la incongruencia recogida en la STC 9/1998 de 13 de enero y STS 27 de septiembre de 2010 (Rec. 191/2009)

⁶⁹ Resulta exigible que los órganos judiciales valoren adecuadamente la dimensión constitucional de las medidas normativas tendentes a facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, porque de no hacerse así, las decisiones judiciales que se adopten serán merecedoras, desde la perspectiva constitucional, del reproche formulado, respecto a otros derechos fundamentales, por el propio TC contra las resoluciones judiciales recurridas en amparo, así lo recoge SALA FRANCO, T., LÓPEZ TERRADA, E. Y TODOLÍ SIGNES, A., *Jurisprudencia social a debate*, óp. cit., pág. 142

⁷⁰ STC 3/2007, de 15 de enero y STC 26/2011, de 14 de marzo.

Teniendo en cuenta este punto, es necesario que se establezca cuáles son los criterios para determinar el fallo. En primer lugar, habrá que valorar los intereses en juego, pues, de un lado están los del trabajador, sus familiares y menores, que prevalecen, en caso de duda, sobre el interés del empresario, al afectar a su organización, productividad e incremento de costes laborales⁷¹. En segundo lugar, se ha de estimar la demanda en que conste probada la titularidad del derecho de conciliación; y en las que, además, se acredite que el ejercicio del derecho solicitado se ajusta al contenido legal o convencional, puesto que la concreción de los términos de disfrute corresponde al trabajador.

En tercer lugar, prevalecerá y se tomará como orientación la dimensión constitucional de la vida laboral y familiar, por su vinculación con el mandato de protección a la familia (art. 39 CE), así pues, una decisión contraria o indebidamente restrictiva de los derechos podría dar lugar a una forma de discriminación indirecta por razón de sexo⁷², o incluso, de discriminación directa por razón de cargas familiares (art. 14 CE). Y, por último, se tendrá que facilitar a la parte demandada la posibilidad de acumular, como se apunta en los epígrafes anteriores, la acción dirigida a reclamar los daños y perjuicios, los derivados de la negativa o disconformidad injustificada del empresario (art. 139.1 LRJS), como los generados por un comportamiento empresarial discriminatorio o lesivo de derechos fundamentales del trabajador (art. 26 y ss en relación con el art. 182 y ss LRJS).

Por tanto, respecto a esa petición de daños y perjuicios, la sentencia también tendrá que pronunciarse sobre la indemnización que corresponda en cada uno de los casos⁷³: se han de resarcir los daños y perjuicios “derivados de la negatividad del derecho o de la demora en la efectividad en la medida” (art. 139.1 a) LRJS), aunque “podrá exonerarse si hubiese dado cumplimiento, al menos provisional a la medida

⁷¹ AZAGRA SOLANO, M., “*Conciliar: un verbo difícil de conjugar*” en AA.VV., “*Sobre la conciliación de la vida familiar y laboral*”, Aranzadi Social Revista Doctrinal nº1, 2011, pág.11

⁷² En este sentido ha señalado el TC que, una resolución que prescinda de esa ponderación y se limite a denegar el derecho solicitado por no atemperarse a los límites de la jornada ordinaria, constituye una discriminación indirecta por razón de sexo, porque supone un obstáculo injustificado para la permanencia en el empleo de la trabajadora y la compatibilidad de su vida profesional con su vida familiar, STC 3/2007, de 15 de enero.

⁷³ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., *Conciliación de la vida personal, familiar y la laboral y tiempo de trabajo*, óp. cit., pág. 418

propuesta por el trabajador”; y, para que el juez se pronuncie sobre la procedencia de la indemnización derivada de la lesión de derechos fundamentales, el trabajador debe alegar que la negativa o disconformidad empresarial sobre el ejercicio del derecho de conciliación ha supuesto una lesión de un derecho de dicha naturaleza.

2.1.6.2 Carácter irrecurrible

Con carácter general, contra la sentencia que se dicte en esta modalidad procesal específica no cabe interponer recurso⁷⁴, tal como recoge el art. 139.1 b) LRJS. Por tanto, de tramitarse tal recurso, el Tribunal que estuviere conociendo del asunto, declarará la nulidad de lo actuado a partir de la sentencia de instancia y por ende del recurso⁷⁵.

Sin embargo, la sentencia no es del todo irrecurrible⁷⁶, porque de tal carácter se deducen dos excepciones: cuando el recurrente entienda producida una falta esencial en el procedimiento seguido⁷⁷, siempre que se haya formulado la protesta en tiempo y forma y, además, cause indefensión (art. 193 a) LRJS); y cuando a la petición principal se haya acumulado una indemnización por daños y perjuicios, pero siempre que esta supere los 3.000 € (art. 191.2 f) LRJS)⁷⁸.

En este punto, es necesario plantear la siguiente pregunta, ¿qué ventajas aporta la imposibilidad de recurrir por motivos de fondo, en un supuesto donde se pone en juego un derecho de dimensión constitucional como lo son los derechos de conciliación? Desde el punto de vista de la urgencia que caracteriza a este proceso, supone una mayor rapidez, evitando dilaciones en la aplicación de lo decidido. Sin

⁷⁴ Como ejemplo, la SJS de León de 26 de enero de 2018 (Rec. 761/2017), SJS de Guadalajara de 24 de enero de 2018 (Rec. 843/2017), SJS de Ibiza de 5 de febrero de 2018 (Rec. 1138/2017)

⁷⁵ En este sentido, la Sentencia de la Sala de lo Social, TSJ (Asturias) de 21 de marzo de 2017 (Rec. 309/2017) de que indica que “no se puede entrar a conocer del recurso por la causa de inadmisión indicada, lo que procesalmente requiere (...) declarar la nulidad de actuaciones desde la notificación de la sentencia, quedando esta firme”

⁷⁶ AA.VV. (NOGUEIRA GUASTAVINO, M. y GARCÍA BECEDAS, G., Directores): “Lecciones de Jurisdicción Social”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016 pág. 336

⁷⁷ En este sentido, la STS de 20 de diciembre de 2016 (Rec. 3194/2014) advierte que “un motivo procedimental, o formal, abre las puertas del recurso a sentencias que, por razón de su materia o de la modalidad procesal en que han recaído, o la escasa cuantía del litigio u otro motivo, pertenecen a la categoría de irrecurribles”

⁷⁸ Confirmando la necesidad de la acumulación de la acción de daños y perjuicios cuando lo que se pretende es la interposición del correspondiente recurso, se pronuncia la Sentencia de la Sala de lo Social, TSJ (Madrid) de 14 de febrero de 2018 (Rec. 1424/2017), que inadmite el recurso de suplicación interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social, “declarando la nulidad de todo lo actuado, desde que se admitió el recurso de suplicación (...) y, en consecuencia, se declara la firmeza de la resolución impugnada”.

embargo, si el órgano superior jerárquico no puede revisar la decisión final, se está privando a las partes de las garantías necesarias para una adecuada y debida seguridad jurídica en esta materia⁷⁹. Por tanto, vistas ambas perspectivas y los inconvenientes que supondría cada una de ellas, también se debería permitir la interposición del recurso cuando se aprecien indicios suficientes y razonables de lesión del derecho a la igualdad (dando así cauce suficiente para llegar a suplicación y casación)⁸⁰.

Así pues, en el caso de que se acumule materia relativa a la protección de derechos fundamentales, y del juego combinado de los arts. 178.2 y 184 LRJS, el recurso de suplicación procede siempre⁸¹.

En definitiva, ese carácter de no recurribilidad no choca con la protección de cualquier derecho fundamental que pudiera considerarse vulnerado, pues en su caso, quedaría garantizado, en su caso, a través del recurso de amparo⁸², cuando sea pertinente.

2.1.6.3 Ejecución de la sentencia

En el caso de que sea factible el recurso, el pronunciamiento judicial sobre las medidas de conciliación es ejecutivo desde que se dicte la sentencia (art. 139 LRJS).

La ejecución de la sentencia puede ser considerada como el último paso de esta modalidad procesal, porque, una vez que se haya obtenido una sentencia estimatoria o parcialmente estimatoria, se condena al empresario a una obligación de hacer, por ello se le requiere, mediante auto expedido por el Letrado de la Administración de Justicia para que cumpla con la decisión judicial, concediendo para ello un plazo, que varía en su duración, según la naturaleza y características de la obligación a ejecutar⁸³.

⁷⁹ LOUSADA AROCHENA, J.F., “La modalidad procesal especial en materia de permiso de lactancia y de reducción de jornada por motivos familiares”, óp. cit., pág. 482; y MARÍN ALONSO, I. y GORELLI HERNÁNDEZ, J., *Familia y trabajo: el régimen jurídico de su armonización*, Murcia, Laborum, 2001, pág. 66

⁸⁰ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., *Conciliación de la vida personal, familiar y la laboral y tiempo de trabajo*, óp. cit., pág. 422

⁸¹ En este sentido, la STS de 3 de noviembre de 2015 (Rec. 2753/2014). Asimismo, la Sentencia de la Sala de lo Social, TSJ (Castilla-La Mancha) de 3 de junio de 2016 (Rec. 1149/2015)

⁸² En este sentido, MARTÍNEZ MOYA, J., “Las garantías procesales del ejercicio de los derechos de maternidad y conciliación”, en AA VV, *Trabajo y familia en la jurisdicción social. conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*, óp. cit. pág. 419

⁸³ RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., *Conciliación de la vida personal, familiar y la laboral y tiempo de trabajo*, óp. cit., pág. 423; asimismo, ASENJO PINILLA, J.L., “Permisos por lactancia y reducción de

Si el empresario no hiciera caso del requerimiento, el Letrado de la Administración de Justicia podrá practicar un apremio pecuniario, tal como se regula en el art. 241 LRJS, previa audiencia de las partes, tomando como base para fijar la cuantía su finalidad, la resistencia al cumplimiento y la capacidad económica del requerido, siendo 300 € el importe máximo diario, pudiendo modificarse o dejarse sin efecto, atendiendo a su ulterior conducta y/o por la justificación que pudiera efectuar el requerido sobre aquellos extremos.

Sin embargo, también se apunta a las múltiples posibilidades que permiten a trabajador y empresario continuar negociando, incluso en fase de ejecución de sentencias, para lograr una solución que satisfaga a ambas partes⁸⁴. Esta circunstancia unida a la ya mencionada posibilidad de llevar a cabo un acto de conciliación en diferentes momentos (“previo al juicio”, “propio acto de juicio” o “al final del mismo”, una vez practicada la prueba y antes de las conclusiones) muestran cómo en el fondo se pretende que sea posible alcanzar una decisión entre el trabajador y el empresario.

Hay quien señala que el trabajador ostenta una especie de facultad de auto ejecución de los derechos reconocidos en el fallo judicial⁸⁵, de manera que carecería de efectos cualquier negativa del empresario, con el respaldo que supone la garantía de indemnidad frente a cualquier reacción adversa en forma de sanción o despido proveniente del empresario.

2.3 Modalidad procesal especial de tutela de los derechos fundamentales: aspectos a destacar

2.3.1 Demandas de conciliación donde se lesionan derechos fundamentales

El legislador, conforme al art. 184 LRJS, establece que no se conocen por la vía de la modalidad procesal especial de tutela de derechos fundamentales y libertades públicas las demandas en que la lesión al derecho fundamental se materializa con ocasión de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Es así,

jornada por motivos familiares”, en AA.VV., *Memento de Procedimiento Laboral*, Madrid, Francis Lefebvre, 2009, pág. 691

⁸⁴ TASCÓN LÓPEZ, R., *La modalidad procesal especial de tutela de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral*, óp. cit., pág. 158 y ss

⁸⁵ En este sentido se pronuncia RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., *Conciliación de la vida personal, familiar y la laboral y tiempo de trabajo*, óp., cit., pág. 422

porque esta modalidad supone un cauce procesal específico al que se ha de remitir obligatoriamente la discusión y resolución de los ataques a los derechos fundamentales y libertades públicas. Además, según el art. 178.2 LRJS, se aplicarán las reglas y las garantías previstas en el proceso especial de tutela de derechos fundamentales, incluida la citación del Ministerio Fiscal. Asimismo, han de concurrir indicios racionales de una mínima entidad reveladores de haberse producido la violación del derecho fundamental, lo que provoca que se invierta la carga de la prueba para que la empresa acredite que no existe motivación espuria, siguiendo el art. 181.2 LRJS.

Conforme a la redacción del art. 184 LRJS, son tres las exigencias derivadas de esta norma, y, por tanto, de la modalidad procesal a seguir⁸⁶:

- Se seguirá la tramitación propia de la modalidad procesal
- Los procesos derivados tendrán un carácter preferente
- En ellos se pueden acumular tanto las pretensiones propias de la modalidad respectiva como las pretensiones de tutela de los derechos fundamentales, sin otra limitación que aquellas incompatibilidades entre sí, sin excluir las se pueden formular de modo subsidiario o con carácter eventual (art. 71.4 LEC)

2.3.2 La discriminación directa e indirecta por razón de sexo

El proceso especial que regulan los arts. 177 y ss LRJS, puede ser, si se pone en relación con el art. 184 LRJS, un cauce procesal o residual⁸⁷ para la defensa de los derechos fundamentales, y no el proceso común, en tanto se excluyen ciertas demandas por razón del instrumento utilizado para perpetrar la lesión.

En la actualidad nos encontramos en una situación donde lo que se persigue es que todos, hombres y mujeres, puedan acceder a las diferentes esferas que forman parte de la vida como seres humanos y seres sociales⁸⁸. Ahora bien, si una trabajadora o trabajador que ya ha hecho uso de su derecho de conciliación, a continuación, es sometido/a a represalias que, aparentemente, tienen su razón de ser en haberlo ejercitado, nos encontraríamos ante un escenario, donde el cauce procesal, se entiende

⁸⁶ AA.VV. (FOLGUERA CRESPO, J.A., SALINAS MOLINA, F. y SEGOVIANO ASTABURUAGA, M.L. Directores), *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, óp. cit., pág. 693

⁸⁷ La Sentencia de la Sala de lo Social, TSJ (Asturias) de 13 de febrero de 2018 (Rec. 2938/2017)

⁸⁸ ORTEGA GASPAR, M., *Los cuidados de los hijos y el género*, Navarra, Thomson Reuters-Civitas, 2011, pág. 32

que ha de ser el regulado en los arts. 177 y ss LRJS. Proceso que tiene por finalidad otorgar una protección rápida y eficaz frente a las lesiones de los derechos fundamentales y libertades públicas (art. 53.2 CE), incluida la prohibición de tratamiento discriminatorio y acoso. Por ello, el art. 179.1 LRJS recoge que la tramitación de estos procesos “tendrán carácter urgente a todos los efectos, siendo preferente respecto de todos los que se sigan en el Juzgado o Tribunal” y “los recursos que se interpongan se resolverán por el Tribunal con igual preferencia”. Por lo que se puede recabar su tutela a través de este procedimiento si la pretensión se suscita en el ámbito de las relaciones jurídicas atribuidas al conocimiento del orden jurisdiccional social o en conexión directa con las mismas.

La vulneración de los derechos fundamentales puede provenir tanto de las represalias en relación con la garantía de indemnidad⁸⁹, como derivarse de situaciones de acoso a las que puede haber sido sometida/o la trabajadora o el trabajador. Por tanto, sigue siendo muy frecuente la necesidad de activar mecanismos legales para obtener la tutela judicial efectiva frente a decisiones y prácticas empresariales que desconocen este derecho a la igualdad efectiva entre mujeres y hombres y prohibición de la discriminación por razón de sexo⁹⁰.

En este apartado se estudiarán situaciones discriminatorias derivadas de las represalias que sufre el trabajador o la trabajadora, viendo vulnerados sus derechos, mientras que en el siguiente apartado se verán situaciones de acoso donde asimismo puede existir dicha vulneración.

Conforme al art. 9 LOIEMH, la garantía de indemnidad se lesiona cuando la trabajadora o el trabajador experimentan un “trato adverso o efecto negativo” como consecuencia del ejercicio de los derechos reactivos contra la discriminación por razón

⁸⁹ La efectividad de la indemnidad (debido a la puesta en marcha por parte de los trabajadores de mecanismos orientados a la tutelado de sus derechos) en conexión con el derecho a la tutela judicial se vería comprometida si no se cerrase el paso a las represalias empresariales, así lo entiende FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *La tutela laboral frente a la discriminación por razón de género*, Madrid, La Ley, 2008, pág. 262. Sin embargo, esta acepción de la garantía de indemnidad es discutida por algún sector de la doctrina, que estima que no formaba originariamente parte del contenido del art. 24.1 CE, ALVAREZ ALONSO, D., *La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales*, Albacete, Bomarzo, 2005, cit. pág. 47

⁹⁰ GONZALEZ GONZÁLEZ, C., “*Jurisprudencia reciente sobre discriminación por razón de sexo, maternidad, riesgo durante el embarazo y lactancia*”, *Revista Aranzadi Doctrinal* n.º 2, 2018, pág. 69.

de sexo, para exigir el cumplimiento efectivo del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres. Se distingue entre “trato adverso” o “efecto negativo”, este último es el que se analizará a continuación, pues cualifica por el resultado a la medida empresarial, aunque no tenga necesariamente que tener ese efecto o sea una consecuencia secundaria de un acto en sí no lesivo directamente⁹¹, por lo que la conexión causal convierte en ilícita la medida.

De entre las causas que dan lugar a posibles situaciones discriminatorias, se estudiarán las que frecuentemente lo son por razón de sexo. De hecho, el art. 3 LOIEMH considera que la no discriminación por razón de sexo supone la ausencia de toda discriminación por razón de éste, y especialmente, son consideradas como discriminaciones las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil⁹².

La STC 233/2007, de 5 de noviembre, que pone en conexión los derechos asociados a la maternidad y el art. 14 CE, establece cuáles son los supuestos discriminatorios por razón de sexo:

1. La negación a la mujer trabajadora de un derecho asociado a la maternidad, lo cual constituirá un primer supuesto de discriminación⁹³.

2. Habrá también discriminación cuando, reconocido sin mermas el derecho asociado a la maternidad, se cause sin embargo a la trabajadora, como consecuencia o en relación con su ejercicio, un perjuicio efectivo y constatable que consista un trato peyorativo⁹⁴ en sus condiciones de trabajo o en una limitación o quebranto de sus derechos o legítimas expectativas económicas o profesionales en la relación laboral.

⁹¹ Como puede ser un cambio de puesto con pérdida de derechos económicos, o una omisión, por ejemplo, una no promoción, así lo entiende, FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *La tutela laboral frente a la discriminación por razón de género*, óp. cit. pág. 265

⁹² POQUET CATALÁ, R., *Análisis del despido objetivo en los momentos actuales*, Navarra, Aranzadi, 2017, pág. 291

⁹³ En este sentido, la STC 240/1990, de 20 de diciembre, donde se declaró discriminatoria la denegación de una excedencia para el cuidado de hijos; y la STC 3/2007, de 15 de enero, en un supuesto de reducción de jornada para el cuidado de un hijo menor de 6 años

⁹⁴ Es necesario tener en cuenta la Sentencia de la Sala de lo Social, TSJ (Andalucía) de 25 de febrero de 2004 (Rec. 4128/2003) que declaró que la demandada vulneró el derecho a la dignidad, integridad física y moral de la actora, a consecuencia del tratamiento autoritario y hostil que sufre la trabajadora, una vez reincorporada al trabajo tras su licencia por maternidad, generándole, incluso crisis nerviosas.

3. Con independencia del grado de intensidad del perjuicio que se haya podido causar, el art. 14 CE resultará también lesionado si se acredita que el incumplimiento del régimen legal (de los permisos asociados a la maternidad y al cuidado de hijos) [...] tiene una motivación discriminatoria [...]; habrá de apreciarse la existencia de una vulneración constitucional cuando la limitación o restricción de garantías del derecho ejercitado, o de otros derechos laborales consagrados en la Ley represente una reacción o represalia empresarial frente al disfrute previo por la mujer trabajadora de un derecho asociado a su maternidad.

En relación con el embarazo y su incidencia en las condiciones de trabajo de la mujer, se afirma que “la protección de la condición biológica y de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo”⁹⁵. Entonces, la maternidad como circunstancia propia y exclusiva de las mujeres, no puede suponer una situación de desventaja ni de discriminación profesional. Y cabe destacar que dentro del ordenamiento jurídico interno se consagra como discriminación directa por razón de sexo “todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad”, según lo establecido en el art. 8 LOIEMH.

También hay que hacer referencia a los supuestos de discriminación indirecta por razón de sexo que, conforme a la doctrina del TC, elaborada con apoyo en la jurisprudencia comunitaria, se define como “aquel tratamiento formalmente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas condiciones fácticas que se dan entre trabajadores de uno u otro sexo, un impacto adverso sobre los miembros de un determinado sexo”⁹⁶. Si un permiso parental se encuentra reconocido indistintamente a hombres y mujeres, pero disfrutan de él mayoritariamente las mujeres, una denegación u

⁹⁵ En este sentido, SSTC 182/2005, de 4 de julio; STC 74/2008, de 23 de junio; 92/2008 de 21 de julio. Así, la STC 2/2017, de 16 de enero, declara que la actuación empresarial “ocasionó discriminación directa por razón de sexo resultando la trabajadora perjudicada por su condición de mujer, tras la baja por embarazo y maternidad”, al haberle impedido el ejercicio de un derecho preferente de opción a modificar sus condiciones laborales que le reconocía el CC (...) colocándola en una desventaja como mujer trabajadora con el resto de sus compañeros, lo que contraviene el derecho fundamental del art. 14 CE.

⁹⁶ En este sentido, la STC 240/1999, de 20 de diciembre; STC 203/2000, de 24 de julio STC 3/2007, de 15 de enero: STC 61/2013, de 14 de marzo.

obstaculización de estos permisos suponen una “traba más” a la presencia de la mujer en el mercado de trabajo y a la conservación del puesto de trabajo⁹⁷.

Este tipo de situaciones, como cualquiera otra en la que el trabajador o trabajadora alegue vulneración de derechos fundamentales, exige la necesidad de aportación de un principio de prueba en orden a la inversión de la carga probatoria⁹⁸, cuya finalidad es evitar la ocultación de los verdaderos motivos del acto empresarial contrarios a derechos fundamentales (STC 38/1981, de 23 de noviembre), por lo que ha de acreditar la razonabilidad y proporcionalidad de la medida adoptada y su carácter absolutamente ajeno a todo propósito atentatorio de derechos fundamentales⁹⁹. De hecho, se ha utilizado como indicio suficiente o apariencia razonable cuando existe cercanía entre los hechos y la reacción empresarial¹⁰⁰.

Si no hay indicios de ningún tipo y la decisión de la empresa responde, por ejemplo, a motivos de organización¹⁰¹, no puede ser tenida en cuenta como una conducta que obstaculice el ejercicio del derecho a la prohibición de discriminación por razón de sexo, ni que la conducta del empresario atente contra el derecho a la igualdad

⁹⁷ FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *La tutela laboral frente a la discriminación por razón de género*, óp. cit. pág. 175

⁹⁸ Por tanto, al empresario/demandado le corresponde la carga probatoria “dirigida a destruir la presunción generada por los indicios aportados por el actor”, así lo entiende MANEIRO VÁZQUEZ, Y., *La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas por los tribunales laborales*, La Coruña, NetBiblio, 2007 pág. 166

⁹⁹ AA.VV. (FOLGUERA CRESPO, J.A., SALINAS MOLINA, F. y SEGOVIANO ASTABURUAGA, M.L. Directores), *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, óp. cit., pág. 685. En este sentido, “la prueba de la parte demandada se dirigirá a acreditar una justificación objetiva, racional y proporcional, suficientemente probada, de su conducta”, así lo recoge LOUSADA AROCHENA, J.F., *La tutela de los derechos fundamentales y de las libertades públicas en la Ley reguladora de la jurisdicción social*, Albacete, Bomarzo, 2012, pág. 68

¹⁰⁰ Así, la STC 120/2006, de 24 de abril hace referencia a la “conexión temporal” o cronológica.

¹⁰¹ Así la Sentencia de la Sala de lo Social, TSJ (Galicia) de 20 de julio de 2011 (Rec. 2339/2011) declara que no existe discriminación por razón de sexo ni tampoco una represalia empresarial como consecuencia de haber solicitado previamente reducción de jornada por cuidado de hijos, en tanto, “la decisión de traslado de centro fue adoptada por la empresa por motivos de organización (...) por lo que se entiende que está justificada”. Asimismo, resuelve la Sentencia de la Sala de lo Social, TSJ (Cantabria) de 30 de mayo de 2014 (Rec. 242/2014) que declara la inexistencia de discriminación por razón de sexo, ante un supuesto de cambio de centro de trabajo coincidente con la solicitud de reducción de jornada para cuidado de hijo menor, que se encuentra justificado por causas organizativas ante la nueva situación derivada de esta reducción de jornada.

Sin embargo, y teniendo en cuenta criterios similares, la Sentencia de la Sala de lo Social, TSJ (Andalucía) de 1 de febrero de 2018 (Rec. 4108/2017) considerar como discriminación indirecta por razón de sexo, la negativa de la empresa a reconocer a la trabajadora el derecho de concreción horaria, “dada la inexistencia de las dificultades organizativas que su reconocimiento pudiera causar a la empresa”, negándose así, el interés constitucional a la protección de los valores familiares.

efectiva entre mujeres y hombres. Por tanto, si la actividad probatoria del empresario demandado permite acreditar que la decisión que ha tomado hubiera tenido lugar, en cualquier caso, con independencia de las aptitudes o las circunstancias concretas en las que se encuentre el trabajador afectado, porque es la más razonable, en tanto existen razones suficientes, reales y serias que le otorgan ese carácter.

Los estereotipos asociados al sexo provocan que se considere como algo normal que las cargas familiares deban ser asumidas por la mujer, lo que motiva que se conecte el ejercicio de los derechos de conciliación con el derecho a no ser discriminado por razón de sexo. Mientras que, si es un hombre el que se ocupa de las cargas familiares, el argumento que sigue el TC es que no puede utilizarse el derecho a no ser discriminado por razón de sexo, porque “sobre su sexo no ha recaído la obligación histórica de cuidado de hijos”, sino el derecho a no ser discriminado por razones o circunstancias familiares.¹⁰² Siguiendo el criterio mayoritario del TC, desde la Sentencia 26/2011, de 11 de marzo, la conclusión a la que se tiene que llegar es que los hombres trabajadores no han tenido “históricamente” el deber de encargarse de los hijos, a pesar de que los menores son responsabilidad de ambos, no solo de la madre y mujer trabajadora. En definitiva, si existe algún tipo de discriminación que traiga causa de las responsabilidades familiares, tanto si se trata de un trabajador como de una trabajadora, ha de establecerse que la discriminación es por el mismo motivo, por razón de sexo.

2.3.3 El acoso por razón de sexo y la vía procesal

El acoso por razón de sexo es, sin duda, acoso laboral, pero por un motivo específico, como lo es el sexo de la persona. Es acoso por razón de sexo aquel que se realiza “con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo”, tal como recoge el art. 7.2 LOIEMH. Así pues, el acoso laboral exige que el acosador realice una conducta de hostigamiento laboral utilizando los diversos elementos laborales que tenga a mano, como puede ser, entre otros, “influir en el tiempo de la otra persona”¹⁰³.

¹⁰² VELGA FELGUEROSO, T., *Distribución del tiempo de trabajo e igualdad efectiva: la Inspección de Trabajo como garante*, Barcelona, 2018. pág. 65. Asimismo, la STC 26/2011, de 14 de marzo.

¹⁰³ VELGA FELGUEROSO, T., *Distribución del tiempo de trabajo e igualdad efectiva: la Inspección de Trabajo como garante*, óp. cit. pág. 33

Sin embargo, en la regulación de la indemnidad frente a represalias se debería haber incluido una referencia explícita y contundente al “mobbing” (de género) por el ejercicio de los derechos de conciliación proveniente del empresario, del círculo laboral de quienes los reclaman o ejercitan, sin necesidad de presentación de queja, reclamación, denuncia, demanda o recurso alguno como requisito legal¹⁰⁴.

No obstante, hay un sector de opinión que considera que la previsión legal de este derecho (o sea, la garantía de indemnidad encuadrada dentro del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE) en materia de igualdad de trato y no discriminación, aplicable, por tanto, en materia de acoso, ha venido igualmente marcada por la normativa comunitaria que ha reconocido esta garantía como una forma más de lucha frente a la discriminación¹⁰⁵.

Respecto a la modalidad procesal, si la pretensión de la víctima es el mantenimiento de su puesto de trabajo puede interponer una demanda de “tutela de derechos fundamentales”, porque el objeto de esta modalidad incluye en su protección tanto la prohibición del tratamiento discriminatorio como la protección expresa del acoso laboral, conforme al art. 177 LRJS. Además, en la demanda que se interponga, podrá solicitarse una indemnización para el resarcimiento por daños y perjuicios que haya sufrido¹⁰⁶.

Y solo como última ratio debe plantearse la resolución indemnizada del contrato de trabajo por voluntad del trabajador del art. 50.1 c) LET (fundamentándose en el grave incumplimiento empresarial), esto es así porque, aunque el trabajador o trabajadora obtiene la indemnización equivalente al despido improcedente (que es la indemnización más alta, o sea, 33 días de salario por año trabajado, con un máximo de 24 mensualidades), son muchas las ocasiones en que la finalidad última perseguida por

¹⁰⁴ RUIZ-RICO RUIZ, C., *El derecho constitucional a conciliar la vida laboral, familiar y personal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, pág. 165

¹⁰⁵ ALTÉS TÁRREGA, J.A., *El acoso del trabajador en la empresa*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pág. 70

¹⁰⁶ En este sentido, STS de 8 de mayo de 1995 (Rec. 1319/1994), STS de 22 de julio de 1996 (Rec. 3877/1995) y STS de 20 de enero de 1997 (Rec. 2059/1996)

el acosador es justamente que el acosado abandone el trabajo¹⁰⁷, o producir un daño progresivo y continuo a su dignidad.

Esas actuaciones empresariales pueden consistir en obligar a que realicen tareas que nada tienen que ver con la categoría que se ostenta, o que reiteradamente se le haga ver a la trabajadora la incompatibilidad de un cargo de gran responsabilidad con las responsabilidades familiares¹⁰⁸. O, como se observa en el supuesto de que la política de la empresa haya sido sustituir la relación laboral de los técnicos por una mercantil, siendo la actora la única técnico con contrato de trabajo, encomendándosele, a partir de ese momento, funciones ajenas a su categoría profesional¹⁰⁹. También es muestra de dichas actuaciones, el trato discriminatorio posterior a la reducción de jornada por cuidado de hijo mejor¹¹⁰.

Por otro lado, la jurisprudencia y la doctrina científica coinciden en señalar que no debe tratarse de una conducta aislada, sino que precisamente lo que caracteriza al acoso es la sistemática y prolongada presión psicológica que se ejerce sobre una persona en el desempeño de su trabajo¹¹¹. Aunque tampoco es necesaria la prueba de un número o cualidad concreta de actos de hostigamiento empresarial¹¹². Además, la acreditación de la existencia de una serie de indicios objetivos por parte de la persona afectada que generen una razonable sospecha, apariencia o presunción a favor de su afirmación, bastará para desplazar al empresario el *onus probandi*¹¹³, asumiendo la carga de probar

¹⁰⁷ ROJAS RIVERO, G.P., *Delimitación, prevención y tutela del acoso laboral*, Albacete, Bomarzo, 2005, pág. 156. Asimismo, CORDERO SAAVEDRA, L., “*El acoso moral u hostigamiento psicológico en el trabajo. Un problema laboral con incipiente respuesta jurídica*”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 110, 2002. pág. 246. En este sentido, la Sentencia de la Sala de lo Social, TSJ (Cataluña) de 11 de junio de 2003 (Rec. 8186/2002)

¹⁰⁸ Situación a la que es sometida una trabajadora tras la excedencia por cuidado de hijo y con el pretexto de la necesidad de realizar una formación o reciclaje, encomendándosele trabajos impropios de su categoría profesional, como recoge la Sentencia de la Sala de lo Social, TSJ (Comunidad de Valencia) de 13 de junio de 2006 (Rec. 1207/2006).

¹⁰⁹ Escenario que tiene lugar una vez finalizada la baja maternal, y la solicitud de una reducción de jornada por cuidado de hijo, al reincorporarse a su puesto de trabajo, mostrando como dice la Sentencia de la Sala de lo Social, TSJ (Madrid) de 24 de abril de 2006 (Rec. 1794/2006) una relación causa efecto entre los derechos de conciliación ejercitados y el acoso al que fue sometida una vez reincorporada.

¹¹⁰ Por ello, la Sentencia de la Sala de lo Social, TSJ (Cataluña) de 13 de septiembre de 2005 (Rec. 3812/2005) considera que la modificación de funciones de encargada a dependiente y la reducción del plus de responsabilidad de una trabajadora no tienen causa lícita alguna, con lo que se vulnera el principio de legalidad y constituye una discriminación que debe dar lugar a una indemnización.

¹¹¹ Entre otras, la Sentencia de la Sala de lo Social, TSJ (Madrid) de 9 de abril de 2010 (Rec. 520/2010)

¹¹² La Sentencia de la Sala de lo Social, TSJ (Cantabria) de 14 de junio de 2013 (Rec. 327/2013)

¹¹³ STC 207/2001, de 22 de octubre y STC 136/2001, de 18 de junio

que sus decisiones son legítimas. Sin embargo, a pesar de la importancia teórica de la “prueba indiciaria”, las dificultades fácticas y el rigor judicial se han impuesto, trayendo consigo una bajísima estimación de las pretensiones de acoso en estos años¹¹⁴.

No obstante, pueden existir muchas prácticas empresariales que aún ilícitas, por no cumplir con lo legalmente previsto, se adoptan con la intención de atender a los fines que desde el ordenamiento justifican el ejercicio de ese poder, y que, por lo tanto, no determinan la presencia de un hostigamiento laboral¹¹⁵.

2.2.3.4. La indemnización y su compatibilidad

La indemnización ordinaria (devida a los daños ocasionados por la negativa o disconformidad empresarial) establecida en el art. 139.1 LRJS resulta compatible con la indemnización extraordinaria destinada a resarcir la lesión de los derechos fundamentales. Superando la inicial consideración “de concesión automática” hecha por el TS, en la que se entendía procedente la condena al pago de la indemnización por los daños morales causados, sin necesidad de que se acredite un específico perjuicio, dado que éste se presume¹¹⁶.

El art. 183.1 LRJS recoge que “cuando la sentencia declare la existencia de vulneración, el juez deberá pronunciarse sobre la cuantía de la indemnización que (...) le corresponda a la parte demandante por haber sufrido discriminación y otra por lesión de sus derechos fundamentales”. No obstante, para poder alcanzar el pronunciamiento condenatorio que traerá consigo la indemnización, es necesario que, en primer lugar, alegue en su demanda las bases y elementos clave de la indemnización que reclama, que justifique suficientemente que la misma ha de ser aplicada al supuesto de que se trate y aportar las razones que avalen y respalden dicha decisión; y en segundo lugar, que queden acreditados “indicios o puntos de apoyo suficientes” en los que se pueda asentar una condena¹¹⁷.

¹¹⁴ MOLINA NAVARRETE, C., *La tutela judicial frente al acoso moral en el trabajo: ¿Estancamiento y subestimación o lento progreso?*, Albacete, Bomarzo, 2018. pág. 48

¹¹⁵ La Sentencia de la Sala de lo Social, TSJ (Asturias) de 27 de junio de 2014 (Rec. 564/2014)

¹¹⁶ En este sentido, SSTS de 9 de junio de 1993 (Rec. 3856/92), STS de 8 de mayo de 1995 (Rec. 1319/1994)

¹¹⁷ En este sentido la STS de 24 de abril de 2007 (Rec. 510/06) y STS de 15 de diciembre de 2008 (Rec. 14/2007)

Si se ha acreditado que ha sufrido una vulneración de derechos fundamentales, el art. 183.2 LRJS señala que “el tribunal se pronunciará sobre la cuantía del daño, determinándolo prudencialmente cuando la prueba de su importe exacto resulte demasiado difícil y costosa, para resarcir suficientemente a la víctima (...), así como para contribuir a la finalidad de prevenir el daño”. Por tanto, el precepto atribuye a la indemnización, por el hecho de atentar contra los derechos fundamentales, tanto la función resarcitoria, como la de prevención general¹¹⁸.

Además, el art. 183.3 LRJS establece definitivamente¹¹⁹ que la indemnización por discriminación o violación de derechos fundamentales “será compatible (...) con la que pudiera corresponder al trabajador por la modificación o extinción del contrato de trabajo (...)”. Sin embargo, hay quien apuntó que se daría la paradoja de que, si el actor interpusiera una acción de resarcimiento y posteriormente otra de extinción, conforme al art. 50 LET, podría obtener dos indemnizaciones, mientras que, si intentase acumular ambas en un mismo proceso, encontraría limitada su indemnización a la tasada en ese artículo, que es la correspondiente al despido improcedente¹²⁰. Por tanto, el trabajador puede reivindicar junto con la demanda de extinción del contrato de trabajo, otra indemnización “adicional” cuando ésta venga motivada por una conducta empresarial discriminatoria o vulneradora de derechos fundamentales¹²¹, que se deberá recabar ante el Juez de lo Social, y no ante la jurisdicción civil.

¹¹⁸ Así lo recoge la STS de 13 de julio de 2015 (Rec. 221/2014). En el mismo sentido SSTS de 2 de febrero de 2015 (Rec. 279/2013); STS de 5 de febrero de 2015 (Rec. 77/2014); STS de 26 de abril de 2016 (Rec. 113/2015); STS de 2 de noviembre de 2016 (Rec. 262/2015) y STS de 19 de diciembre de 2017 (Rec. 624/2016)

¹¹⁹ Tesis según la cual no puede haber limitaciones en la reparación íntegra de los derechos fundamentales (como se deriva de normas comunitarias anti discriminatorias traspuestas por La Ley 62/2003; al respecto, LOUSADA AROCHENA, J.F., “Las cláusulas de protección jurisdiccional efectiva en las Directivas sobre discriminación por razón de sexo”, Revista Española de Derecho de Trabajo, nº 98/1999, pág. 845) (STS 17 de mayo 2006 [RJ 2006/7176] y 7 de febrero de 2007 [RJ 2007/2195]), que durante años estuvo negada por la doctrina de unificación (TASCÓN LÓPEZ, R., *La modalidad procesal especial de tutela de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral*, óp. cit., pág.144), superando la vieja tesis jurisprudencial que consideraba que las indemnizaciones del ET eran incompatibles con otras posibles resarcitorias de daños y perjuicios (SSTS de 3 de abril de 1997 [RJ 1997/3047] y 11 de marzo de 2004 [RJ 2004/3401])

¹²⁰ VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, M., *Mobbing, violencia física y estrés en el trabajo: aspectos jurídicos de los riesgos psicosociales*, Barcelona, Gestión 2000, 2004, pág. 260

¹²¹ TODOLÍ SIGNES A., TALÉNS VISCONTI, E.E., REQUENA MONTES, O. y TORMOS PÉREZ, J.A., *La extinción indemnizada del contrato por voluntad del trabajador: artículo 50 ET*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, págs. 189 y 190

Ahora bien, no es lo mismo la contemplación de una extinción contractual de un trabajador que permanece en una correcta situación de estado de salud física y mental, de aquella otra en la que el trabajador queda aquejado de un trastorno psíquico a causa de la conducta empresarial determinante de la extinción contractual operada conforme al art. 50.1 LET¹²². Escenario que se tiene en cuenta respecto la indemnización correspondiente, por los daños que se le hayan originado.

Y como consecuencia de la actitud de la empresa también se puede ver perjudicado no solo el derecho de conciliación, sino también la salud, afectando especialmente y en su mayoría a las trabajadoras, lo que puede derivar en estrés laboral, en síndrome ansioso depresivo, trastornos de ansiedad.... Por tanto, ya no se trata “simplemente” de encontrar impedimentos para equilibrar la vida laboral con la familiar, sino que, como resultado de actos de acoso en el trabajo también ven afectada su salud. Es por ello, que la LOIEMH vincula no sólo el concepto de acoso sexual, sino también, el de acoso por razón de sexo, en el art. 27.3 C), a la salud laboral de las mujeres. Así pues, este tipo de acoso violenta el derecho a la igualdad (art. 14 CE), el respeto a la dignidad e intimidad de las personas (art. 4.2 e) LET) y, además, suponen un atentado a la integridad moral de las personas agredidas y en su caso, a su integridad psicofísica (art 15 CE)¹²³.

Por último, la revisión de la cuantía indemnizatoria en un recurso únicamente es posible cuando su determinación “resulta irrazonable o desproporcionada”¹²⁴.

En este sentido, la Sentencia de la Sala de lo Social, TSJ (Galicia) de 31 de octubre de 2013 (Rec. 2302/2013) acepta la resolución ex art. 50 LET, pero no la indemnización adicional; mientras, que la Sentencia de la Sala de lo Social, TSJ (Asturias) de 5 de julio de 2013 (Rec. 691/2013) la concede por entender que media lesión constitucional por tratarse de un acoso moral; también la Sentencia de la Sala de lo Social, TSJ (Cataluña) de 19 de octubre de 2016 (Rec. 4814/2016) estima también la extinción según el art. 50 LET con una indemnización adicional.

¹²² En este sentido, se pronuncia la STS de 17 de mayo de 2006 (Rec. 4372/2004), reproducido posteriormente en la STS de 20 de septiembre de 2011 (Rec 4137/2010); y también se hace alusión en la Sentencia de la Sala de lo Social, TSJ (Cantabria) de 14 de junio de 2013 (Rec. 327/2013)

¹²³ VALLEJO DACOSTA, R. (Coord.), *Materiales para la elaboración de planes de igualdad en el contexto de la responsabilidad social empresarial*, Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2014, pág. 101.

¹²⁴ Así lo recoge la STS de 12 de diciembre de 2005 (Rec 59/2005), LOUSADA AROCHENA, J.F., *La tutela de los derechos fundamentales y de las libertades públicas en la Ley reguladora de la jurisdicción social*, óp. cit., pág. 82.

2.3 Modalidad procesal especial de despido como vía para combatir las represalias del ejercicio de los derechos de conciliación.

Del art. 5 del Convenio 158 de la Organización Internacional del Trabajo, sobre la terminación de la relación de trabajo, de 22 de junio de 1982 se desprende que para la terminación de la relación de trabajo no se constituye como una causa justificada el “presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, o recurrir ante las autoridades administrativas competentes”, tampoco lo es “la raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, las opiniones políticas, al ascendencia nacional o el origen social” y mucho menos “la ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad”. En el ordenamiento interno, el art. 17.1 LET establece que “serán igualmente nulas las órdenes de discriminar y las decisiones del empresario que supongan un trato desfavorable de los trabajadores como reacción ante una reclamación efectuada en la empresa o ante una acción administrativa o judicial destinada a exigir el cumplimiento del principio de igualdad de trato y no discriminación”.

Como ya se había señalado anteriormente, la indemnidad se ve lesionada también cuando la trabajadora o trabajador experimenta “un trato adverso” producido como consecuencia de la presentación de queja, reclamación, denuncia..., destinados a impedir su discriminación y exigir el cumplimiento efectivo del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres.

Ese “trato adverso” puede ser interpretado como el orientado a generar un perjuicio directo¹²⁵, así pues, como muestra de este tipo de medidas aparece el despido y los actos extintivos. De esta forma, la garantía constitucional de indemnidad asegura la inmunidad del trabajador que acude a la vía judicial en defensa de sus derechos frente a eventuales represalias posteriores por parte del empresario, puesto que la sanción de nulidad implica la reparación íntegra de los perjuicios sufridos por el trabajador y la

¹²⁵ Así lo entiende FERNÁNDEZ LÓPEZ, M.F., *La tutela laboral frente a la discriminación por razón de género*, Madrid, La Ley, 2008, óp. cit., pág. 265

anulación del castigo que se le haya impuesto¹²⁶, en otras palabras, a la trabajadora o al trabajador se le readmitirá en su puesto de trabajo y se le pagarán los salarios de tramitación¹²⁷.

2.3.1 Nulidad del despido como consecuencia del ejercicio de los derechos de conciliación.

El art. 55.5 LET enumera las causas de nulidad del despido disciplinario distinguiendo dos tipos de nulidad¹²⁸: la derivada de una conducta discriminatoria o vulneradora de otros derechos fundamentales y la que se produce por la concurrencia de las circunstancias de los apartados a), b), o c) del mencionado artículo¹²⁹.

De un parte, el despido efectuado como represalia se considera nulo y ello es así porque tiene como móvil alguna de las causas de discriminación previstas en la CE y en la Ley, o se produce con violación de los derechos fundamentales (la mencionada garantía de indemnidad, manifestación del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE, entre otros) y libertades públicas del trabajador.

De otra, los arts. 55.5 LET y 108.2 LRJS construyen¹³⁰ un específico sistema de nulidad de la decisión empresarial de despedir que trata de combatir un tipo concreto de discriminación, la que tiene su origen en el sexo o en la condición de mujer o en la conciliación de la vida familiar y laboral. Es nulo cuando el empresario toma la decisión de despedir y los trabajadores estén en alguna de las siguientes situaciones:

¹²⁶ ÁLVAREZ ALONSO, D., *La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales*, óp. cit., pág. 137

¹²⁷ Sin embargo, en los supuestos de despido nulo por discriminación, donde un trabajador se ha visto relegado a un segundo plano, encontrando múltiples obstáculos para ser reconocido, para promocionar en la empresa, rara vez quien volver a trabajar en la empresa, así lo recoge ARAGÓN GÓMEZ, C., “*La tutela del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres en el orden social*”, AA.VV. (MERCADER UGUINA, J., Coord.), *Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre hombres y mujeres*, óp. cit., págs. 759 y 760

¹²⁸ Una de relevancia constitucional y otra que no necesariamente la posee y que constituye una opción de política legislativa del legislador infra constitucional, sin que deban confundirse los requisitos y efectos que derivan de una y otra, así lo recoge RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *La familia en el ámbito jurídico laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pág. 249

¹²⁹ GOERLICH PESET, J.M. (Coord.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro Homenaje a Tomás Sala Franco*, óp. cit., pág. 974.

¹³⁰ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, óp. cit., págs. 709 y 710

- En unas concretas causas de suspensión: maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural, enfermedad causada por embarazo, parto o lactancia.

- El embarazo de la trabajadora¹³¹, que es una situación objetiva, la conozca o no el empresario).

- La de los trabajadores que hayan solicitado o estén disfrutando del permiso de lactancia, nacimiento de hijos prematuros o que deban permanecer hospitalizados después del parto, cuidados de menores de 12 años o persona con discapacidad que no desempeñe una actividad retribuida. La de trabajadores que hayan solicitado o estén disfrutando de la excedencia voluntaria para el cuidado de hijos.

- La de trabajadores después de haberse reintegrado al trabajo al finalizar los periodos de suspensión del contrato por maternidad, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento o paternidad, siempre que no hubieran pasado más de 9 meses desde la fecha de nacimiento, adopción o acogimiento del hijo.

- La de las trabajadoras víctimas de violencia de género cuando, al ejercer sus derechos sobre reducción o reordenación del tiempo de trabajo, sobre movilidad geográfica o sobre suspensión, son despedidas (art. 23 Ley Orgánica de Violencia de Género).

Por tanto, el despido fundamentado en situaciones que afectan únicamente a la mujer (como el embarazo, la lactancia natural, entre otras) debe ser calificado como “despido discriminatorio”, pues se considera que concurre una discriminación directa por razón de sexo¹³². No obstante, también habrá de tenerse en cuenta el momento en que dicho despido se ha producido, ya que puede coincidir temporalmente con situaciones que traen causa del embarazo, maternidad, lactancia o las responsabilidades

¹³¹ La extinción de la relación laboral por razones ligadas al embarazo, maternidad, o parto ha acaparado la preocupación del legislador, por lo que ha influido en una superior protección judicial del despido, en este sentido, RUIZ-RICO RUIZ, C., *El derecho constitucional a conciliar la vida laboral, familiar y personal*, óp. cit. pág. 179. Asimismo, en otros periodos, como los posteriores vinculados a la atención de responsabilidades familiares, así lo considera GARCÍA TESTAL, E., *La protección de la lactancia en el ordenamiento laboral español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, pág. 85

¹³² PURCALLA BONILLA, M.A. y RIVAS VALLEJO, M.P., “La protección de la maternidad en la relación laboral: Seguridad y Salud en el trabajo y tutela antidiscriminatoria” en *Aranzadi Social* nº 5, 1998, pág. 69; RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M., “La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (y III)”, óp. cit., pág. 1. Asimismo, PÉREZ DEL RÍO, M.T.: “La Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate”, *Temas Laborales*, nº 52, 1999, pág. 63

familiares¹³³, observándose cómo, *a priori*, ese despido tiene vinculación con la maternidad. En tales casos, dentro del período protegido la presunción de nulidad del despido opera automáticamente y con independencia de un móvil discriminatorio¹³⁴.

Y esto es así porque el despido disciplinario de una trabajadora o trabajador que se encuentre en alguna de las circunstancias del art. 55.5 LET, que son objeto de especial protección, podrá ver extinguido su contrato de trabajo por justas causas¹³⁵ debidamente acreditadas y comunicadas. Ahora bien, si tal causa no existe o no se acredita, no puede ser declarado procedente, pero tampoco improcedente, sino que, necesariamente, debe ser declarado nulo. Esta última consecuencia se reproduce de igual manera en el despido objetivo¹³⁶ efectuado en cualquiera de los supuestos señalados previamente, porque se establece como una garantía de no discriminación por razón de sexo o por supuestos derivados de la conciliación de la vida familiar y laboral (art. 53.4 LET, en relación con el art. 122.2 LRJS)

Sin embargo, en relación con el enfoque del TFG, se analizará la perspectiva del despido nulo como consecuencia o por vulneración del ejercicio de las responsabilidades familiares. En tanto que aquellos despidos vinculados con la situación de embarazo de las trabajadoras están conectados con la salud de las mismas, además, del derecho a la no discriminación por razón de sexo, por lo que se le otorga una protección automática y objetiva en el ordenamiento interno¹³⁷, mejorando el grado de

¹³³ RODRÍGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M., “*La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (y III)*”, óp. cit. pág. 5

¹³⁴ RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *La familia en el ámbito jurídico laboral*, óp. cit., pág. 243

¹³⁵ Así pues, el juez al revisar la decisión empresarial de despedir puede estimar que ese despido sea procedente por motivos no relacionados con ninguna de las causas reseñadas (art. 108.2 LRSJ). Asimismo, la STS de 20 de enero de 2015 (Rec. 2415/2013) entiende como justas causas la “finalización del contrato temporal, o haber cometido una infracción grave y culpable”, en el mismo sentido, la STS de 23 de diciembre de 2014 (Rec. 2091/2013). Por tanto, podrá ser declarado “procedente” si se han cumplido los requisitos formales y concurren las causas o motivos alegados por el empresario en la comunicación, así lo recoge la STS de 31 de marzo de 2015 (Rec. 1505/2014), Sin embargo, no es posible, a diferencia de lo que la trabajadora recurrente pretende, que la nulidad pueda predicarse aun cuando concurrieren causas para que se establezca la procedencia del despido, razonamiento que recoge la STS de 16 de junio de 2015 (Rec. 1590/2014).

¹³⁶ PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, óp. cit., pág. 710

¹³⁷ Interpretación que se introduce con la corrección de la STC 92/2008, de 21 de julio y desde la STS de 17 de octubre de 2008 (Rec. 1957/2007), superando, entre otras, la STS de 19 de julio de 2006 (Rec. 1452/2005). Se configura una nulidad objetiva y que actúa en toda situación de embarazo, al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o incluso, de que concurra o no móvil

protección que se recoge en la Directiva 92/85 /CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia.

Por tanto, en el proceso por despido en el que se pida la declaración de nulidad del mismo¹³⁸, al trabajador le compete probar los hechos de los que resulte una presunción o apariencia de discriminación y, asimismo, al empresario, a fin de enervar la declaración de nulidad, probar que existe causa justificada y suficiente para despedir¹³⁹, fundada en un motivo objetivo y razonable ajeno a cualquier vulneración de un derecho fundamental o vulneración pública (arts. 96 en relación con el art. 181.2 LRJS). Es decir, que al empresario se le requiere un esfuerzo probatorio adicional, en tanto ha de acreditar la procedencia del despido por motivos no relacionados con el embarazo o con el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida familiar¹⁴⁰. En el caso de que no sea así, prevalecerá la sospecha sobre el empleador de que ha actuado en represalia de los ya mencionados derechos.

El TS, ya en la STS de 25 de enero de 2013 (Rec. 1144/2012), niega que estos casos (los relativos a la reducción de jornada para la conciliación de la vida familiar, laboral y personal) se rijan por el juego de los indicios y la contraprueba propia de la vulneración de derechos fundamentales, para afirmar que nuestro ordenamiento jurídico establece una garantía automática en los supuestos legalmente tasados, pero ello sin detrimento de los casos en que concurran efectivamente causas para la extinción del contrato de trabajo.

Además, la STS de 25 de noviembre de 2014 (Rec. 2344/2013) recoge que, en supuestos como la guarda o atención a un familiar, la protección quedaría vacía de contenido si no conllevase la nulidad objetiva de las conductas que atentan contra él,

discriminatorio, así lo establece, entre otras, la STS de 28 de noviembre de 2017 (Rec. 3657/2015), la STS de 14 de enero de 2015 (Rec. 104/2014)

¹³⁸ El art. 184 LRJS establece que “las demandas por despido (...) en que se invoque la lesión de derechos fundamentales y libertades públicas se tramitarán inexcusablemente, con arreglo a la modalidad procesal correspondiente”.

¹³⁹ La STC de 31/2014, de 25 de marzo recoge que el demandante alegará y probará la concurrencia de indicios de que se ha producido la violación del derecho fundamental de que se trate.

¹⁴⁰ AA.VV. (FOLGUERA CRESPO, J.A., SALINAS MOLINA, F. y SEGOVIANO ASTABURUAGA, M.L. Directores)., *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, óp. cit., pág. 454

que es distinta de la nulidad por causa de discriminación y que actúa al margen de que existan o no indicios de tratamiento discriminatorio o, incluso, de que concurra o no un móvil de discriminación. Así pues, la jurisprudencia que ha mantenido el TS¹⁴¹ en relación al disfrute de la reducción de jornada del art. 37.5 LET, consiste en no poner en duda la garantía objetiva y automática otorgada a los despidos que afectan a aquellos trabajadores y trabajadoras que se hallen en esa situación. Y en este sentido, es necesario recordar que los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y trabajadoras de tal manera que fomenten una asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio (art. 44.1 LRJS).

Por tanto, y como ya se había mencionado anteriormente, existen dos tipos de nulidad: en primer lugar, los despidos disciplinarios y vulneradores de otros derechos fundamentales, para los que se exige al trabajador o trabajadora aportar indicios razonables y fundados de la discriminación padecida¹⁴², a fin de que pueda operar la inversión o desplazamiento de la carga de la prueba al empleador para que éste disipe toda sospecha de conducta discriminatoria en su manera de actuar¹⁴³, aportando causas reales objetivas y con entidad suficiente para justificar el despido, ajenas a todo propósito vulnerador de un derecho fundamental, como recoge la STC de 111/2003, de 16 de junio. En segundo lugar, los despidos que tienen su origen en el sexo o en la condición de mujer o en la conciliación de la vida familiar y laboral, en otras palabras, el despido de la persona trabajadora que se halle en alguno de los supuestos expresamente protegidos trae consigo una protección automática sin necesidad de alegar indicio alguno¹⁴⁴. Sin embargo, esa nulidad objetiva¹⁴⁵ no puede extenderse a los

¹⁴¹ En este sentido, entre otras, STS de 16 de junio de 2015 (Rec. 1590/2014), STS de 20 de enero de 2015 (Rec. 2415/2013), STS de 25 de noviembre de 2014 (Rec. 2344/2013) STS de 25 de enero de 2013 (Rec. 1144/2012) y STS de 18 de abril de 2017 (2771/2015)

¹⁴² RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *La familia en el ámbito jurídico laboral*, óp. cit., pág. 252

¹⁴³ GARCÍA-PERROTE ESCARTIN, I., *La prueba en el proceso de trabajo*, Madrid, Civitas, 1994, págs. 175 y ss.; CRUZ VILLALÓN, J., “Constitución y proceso de trabajo”, en *VII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 1991, pág. 40

¹⁴⁴ CAVAS MARTÍNEZ, F.: “*Legislación laboral y responsabilidades familiares del trabajador (I y II). Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras*”, *Aranzadi Social*, nº 5, 1999, pág. 113. Así pues, se libera a la persona trabajadora de la inicial carga de probar, en tanto que dicha carga se reduce a la sola y necesaria acreditación en el acto de juicio de estar incurso en alguno de los referidos supuestos, como recoge

supuestos de extinción del contrato de trabajo por desistimiento empresarial durante el periodo de prueba, ni a la extinción de los contratos temporales¹⁴⁶.

Además, hay que tener en cuenta que, en los despidos discriminatorios o producidos con violación de derechos fundamentales, la no apreciación de la nulidad permite la calificación tanto de procedencia como de improcedencia, mientras que en los despidos que se encuentran relacionados con el ejercicio de los derechos de conciliación cabe únicamente la calificación de nulidad o de procedencia¹⁴⁷.

2.3.2 Despido de trabajadores por razones relacionadas con la conciliación de la vida laboral, personal y familiar: nulidad y procedencia

Se ha considerado procedente el despido de una trabajadora con reducción de jornada por cuidado de hijo menor de 12 años por quedar justificada la decisión extintiva al resultar ajena al ejercicio de dicho derecho y quedar demostrada la causa alegada para el despido objetivo¹⁴⁸; también cuando la trabajadora solicitó la reducción de jornada sin que el empresario tuviera conocimiento de la misma antes del despido¹⁴⁹. Asimismo, se ha considerado como procedente el despido de una trabajadora con jornada reducida por guarda legal, por absentismo laboral al haberse acreditado que las faltas justificadas de asistencia posteriores a la reforma laboral alcanzan el 20 % de las jornadas hábiles en el conjunto de los dos meses consecutivos tenidos en cuenta¹⁵⁰.

Mientras que, se ha declarado nulo el despido de una trabajadora con reducción de jornada para el cuidado de familiar porque la extinción del contrato por “faltas de

MELLA MÉNDEZ, L., “*Situación de riesgo durante el embarazo: aspectos laborales y de Seguridad Social*”, Aranzadi Social, nº 21, 2000, pág.64

¹⁴⁵ La nulidad objetiva del despido ante supuestos de conciliación de la vida personal, laboral y familiar, esta de mas de decir que se establece como consecuencia tanto para las trabajadoras como para los trabajadores, pues “de este modo se estaría facilitando el camino para la efectiva igualdad por razón de sexo en las relaciones laborales, pues se desvincularía el tema de la conciliación de la mujer y se acercaría más al hombre”, *vid.* HERRAIZ MARTÍN, M.A., *El despido nulo: causas y efectos (A propósito de la jurisprudencia)*, Navarra, Aranzadi, 2008, pág. 124

¹⁴⁶ En este sentido, las STS 18 de abril de 2011 (Rec. 2893/2010) y 28 de abril de 2010 (Rec. 1113/2009). Asimismo, GOERLICH PESET, J.M. (Coord.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro Homenaje a Tomás Sala Franco*, óp. cit., pág. 975

¹⁴⁷ POQUET CATALÁ, R., *Análisis del despido objetivo en los momentos actuales*, óp. cit., pág. 326

¹⁴⁸ Sentencias de la Sala de lo Social, TSJ (Andalucía) de 28 de octubre de 2015 (Rec. 2009/2015); TSJ (Cataluña) de 10 de abril de 2013 (Rec. 688/2013).

¹⁴⁹ Sentencia de la Sala de lo Social, TSJ (Cataluña) 17 de diciembre de 2012 (Rec. 5897/2012)

¹⁵⁰ STS de 16 de junio de 2015 (Rec. 1590/2014). Asimismo, por no haberse justificado las faltas de asistencia al trabajo, el despido de un trabajador que tenía reducida la jornada para el cuidado de su madre fue declarado nulo, como recoge la STS de 25 de noviembre de 2014 (Rec. 2344/2013)

asistencia al trabajo” ni se acreditó ni se justificó¹⁵¹. También fue declarado nulo el despido de una trabajadora con jornada reducida por cuidado de menor cuyo fin real era el de reducir costes¹⁵²; asimismo, el de aquella dependiente que en el momento del cese presta servicios del 75% de la jornada por cuidado de hijo y no quedaron acreditadas las causas productivas, organizativas ni económicas¹⁵³. De igual manera se ha calificado como nulo, el despido de una trabajadora ante la clara negativa de la empresa a su reincorporación cuando la situación de excedencia por cuidado de hijos finaliza¹⁵⁴. Por tanto, en los despidos donde una trabajadora ostente una reducción de jornada por razón de guarda legal de menor y no exista causas o no se haya acreditado, lo que jurídicamente es lo mismo, el despido deberá ser declarado nulo¹⁵⁵.

¹⁵¹ STS de 18 de abril de 2017 (2771/2015)

¹⁵² Sentencias de la Sala de lo Social, TSJ (La Rioja) de 23 de junio de 2016 (Rec. 112/2016); TSJ (Cataluña) de 9 de enero de 2015 (Rec. 4544/2012); TSJ (Madrid) de 16 de mayo de 2014 (Rec. 188/2014).

¹⁵³ Sentencia de la Sala de lo Social, TSJ (Valencia) 31 de mayo de 2012 (Rec. 898/2012).

¹⁵⁴ Sentencia de la Sala de lo Social, TSJ (Andalucía) de 5 marzo de 2004 (Rec. 2465/2003). También el art. 53.4 LET abarca este despido, porque la garantía de indemnidad debe cubrir también el periodo de solicitud y duración de la excedencia como posibles vicisitudes que puede experimentar el contrato en el reingreso, ya que de no ser así “se estaría contra el espíritu de la propia ley que trata de garantizar el ejercicio de ese derecho por el trabajador” como recoge POQUET CATALÁ, R., *Análisis del despido objetivo en los momentos actuales*, óp. cit., pág. 321

¹⁵⁵ STS de 20 de enero de 2015 (Rec. 2415/2013).

Conclusiones

PRIMERA. La conciliación de la vida personal, familiar y laboral es una cuestión que incumbe tanto a trabajadores como a trabajadoras, por lo tanto, no tiene porqué existir ninguna diferencia en las cargas familiares que deba asumir cada uno de ellos. Asimismo, tampoco han de continuar siendo los hombres, y no las mujeres, quienes ocupen la mayoría de los puestos de gran responsabilidad, cuando se encuentran igualmente preparadas y cualificadas, escenario que se basa en el arcaico punto de vista, según el cual, las mujeres son más idóneas para el cuidado de los hijos y del hogar.

SEGUNDA La dimensión constitucional de las medidas tendentes a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras debe prevalecer y, por tanto, servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa que pueda suscitarse ante la aplicación de una disposición que afecte a la conciliación profesional y familiar en un supuesto concreto.

TERCERA. Los conflictos laborales que se originan por el ejercicio de los derechos de conciliación, como consecuencia de la negativa o disconformidad del empresario con la propuesta realizada por el trabajador o trabajadora se han sustanciar a través de la modalidad procesal específica, establecida en el art. 139 de la LRJS, y no mediante el proceso ordinario, como en determinados casos se venía haciendo.

CUARTA. El trabajador o trabajadora que ya ha disfrutado o está disfrutando de los derechos de conciliación, posteriormente puede experimentar bien un “efecto negativo” que se manifiesta en situaciones discriminatorias por las represalias que puede sufrir en el trabajo, viendo vulnerados sus derechos, o en situaciones de acoso, donde también puede existir dicha lesión; o bien un “trato adverso” que genera un perjuicio directo, como en el caso del despido. En estos supuestos, la modalidad procesal para el ejercicio de la acción ha de ser la de tutela de los derechos fundamentales recogida en el art. 177 LRJS o, como última ratio, plantearse la resolución indemnizada del contrato de trabajo por voluntad del trabajador del art. 50.1 c) LET (en el supuesto de acoso), o la modalidad procesal especial de despido del art. 184 LRJS, respectivamente.

QUINTA. Aunque el art. 139 LRJS no especifique cuál es la naturaleza del plazo para la presentación de la demanda, parte de la doctrina defiende que sea de caducidad, mientras que otro sector entiende que se ha de hablar de prescripción. Sin embargo, un criterio sistemático y razones finalistas llevan a considerar que dicho plazo es de caducidad, de hecho, el propio TS en reiteradas sentencias habla del “juego de la caducidad” cuando se refiere a esta modalidad procesal específica.

SEXTA. La protección de la salud de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, sin embargo, en numerosas ocasiones como consecuencia de la actitud empresarial, además, de violentar el derecho a la igualdad (art. 14 CE), el respeto a la dignidad e intimidad (art. 4.2 e) LET), se atenta a la integridad moral y en su caso, psicofísica de las personas objeto de actos de represalia por haber ejercitado derechos de conciliación (art 15 CE).

SÉPTIMA. Los actos de hostigamiento laboral y de presión psicológica sistemática y prolongada con el propósito o efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo, es decir, las conductas de acoso que sufre el trabajador o la trabajadora cuando ya disfrutó o está disfrutando de los derechos de conciliación se pueden combatir a través de dos vías: mientras que la modalidad procesal de tutela de los derechos fundamentales es el cauce general, la resolución indemnizada del contrato de trabajo por voluntad del trabajador del art. 50.1 c) LET debe establecerse como última ratio, puesto que la finalidad última perseguida por el acosador es justamente que el acosado o acosada abandone su puesto de trabajo.

OCTAVA. Un trabajador o trabajadora podrá plantear junto con la demanda de extinción del contrato de trabajo, otra demanda adicional de indemnización si viene motivada por una conducta empresarial discriminatoria o vulneradora de derechos fundamentales, que se deberá interponer ante el Juez de lo Social, y no ante la jurisdiccional civil, superando la inicial práctica “de concesión automática” establecida por el TS, en la que se entendía procedente la condena al pago de la indemnización por los daños morales causados.

NOVEVA. Uno de los dos tipos de nulidad de los despidos, es aquel que tiene su origen en el sexo o en la condición de mujer o en la conciliación de la vida familiar y



laboral. En este caso no cabe la calificación de improcedencia, sino que únicamente podrá ser procedente o nulo, rigiendo una nulidad objetiva, sin necesidad de alegar indicio alguno, siempre que se haya despedido a una persona trabajadora que se halle en algunos de los supuestos expresamente protegidos.

Bibliografía

AA.VV. (FOLGUERA CRESPO, J.A., SALINAS MOLINA, F. y SEGOVIANO ASTABURUAGA, M.L. Directores)., *Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Valladolid, Lex Nova, 2011.

AA. VV. (BLASCO PELLICER, A., y GOERLICH PESET, J.M, Directores)., *La reforma del proceso laboral. La nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

AA.VV. (NOGUEIRA GUASTAVINO, M. y GARCÍA BECEDAS, G., Directores): “Lecciones de Jurisdicción Social”, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

AGUILERA IZQUIERDO, R., “*Los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en la Ley Orgánica para la Igualdad efectiva de mujeres y hombres*”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº extraordinario, 2007.

ALTÉS TÁRREGA, J.A., *El acoso del trabajador en la empresa*. Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

ÁLVAREZ ALONSO, D.: “*La garantía de indemnidad del trabajador frente a represalias empresariales*”, Albacete, Bomarzo, 2005.

ARAGÓN GÓMEZ, C, “*La tutela del derecho a la igualdad entre mujeres y hombres en el orden social*”, AA.VV. (MERCADER UGUINA, J., Coord.), *Comentarios laborales de la Ley de Igualdad entre hombres y mujeres*, Valencia, Tirant lo Blanch.

ASENJO PINILLA, J.L., “*Permisos por lactancia y reducción de jornada por motivos familiares*”, en AA.VV., *Memento de Procedimiento Laboral*, Madrid, Francis Lefebvre, 2009.

“*Derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral*”, en AA.VV., *Memento de Procedimiento Laboral*, Madrid, Francis Lefebvre, 2015.

AZAGRA SOLANO, M., “*Conciliar: un verbo difícil de conjugar*” en AA.VV., “*Sobre la conciliación de la vida familiar y laboral*”, *Aranzadi Social Revista Doctrinal* nº1, 2011.

BLASCO PELLICER, A., “*La tutela cautelar laboral tras la nueva Ley de Enjuiciamiento civil*”, *Aranzadi Social*, nº. 5, 2001.

CABEZA PEREIRO J. y FERNÁNDEZ DOCAMPO B. (Coords.), *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011.

CAVAS MARTÍNEZ, F.: “*Legislación laboral y responsabilidades familiares del trabajador (I y II). Algunas reflexiones sobre el Proyecto de Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras*”, *Aranzadi Social*, nº 5, 1999

CORDERO SAAVEDRA, L., “*El acoso moral u hostigamiento psicológico en el trabajo. Un problema laboral con incipiente respuesta jurídica*”, Revista Española de Derecho del Trabajo, nº 110, 2002.

CRUZ VILLALÓN, J., “*Constitución y proceso de trabajo*”, en VII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 1991.

“*El fomento de la integración plena y estale de la mujer en el trabajo asalariado (comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)*”, en Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, nº extraordinario, 1999.

FERNÁNDEZ LÓPEZ M.F., *Los procesos especiales en la Jurisdicción social*, Albacete, Bomarzo, 2012

GARCÍA-PERROTE ESCARTIN, I., *La prueba en el proceso de trabajo*, Madrid, Civitas, 1994.

GARCÍA TESTAL, E., *La protección de la lactancia en el ordenamiento laboral español*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

GARCÍA TESTAL, E. y LÓPEZ BALAGUER, M., *Los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar en la empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

GOERLICH PESET, J.M. (Coord.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro Homenaje a Tomás Sala Franco*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016.

GONZALEZ GONZÁLEZ, C., “*Jurisprudencia reciente sobre discriminación por razón de sexo, maternidad, riesgo durante el embarazo y lactancia*”, Revista Aranzadi Doctrinal nº. 2, 2018.

GORELLI HERNANDEZ, J: “*La reciente Ley 39/199, para promoverla conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras*”, Relaciones Laborales, nº. 24, 1999.

“*Novedades procesales de la Ley de Igualdad*”, Temas Laborales, nº 91, 2007.

HERRAIZ MARTÍN, M.A., *El despido nulo: causas y efectos (A propósito de la jurisprudencia)*, Navarra, Aranzadi, 2008.

LÓPEZ-TAMES IGLESIAS, R. Y LANTARÓN BARQUÍN, D., “*Reflexiones en torno a la incidencia conceptual y procesal de la Ley de Igualdad*”, Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, nº 19, 2009.

LOUSADA AROCHENA, J.F., “*La modalidad procesal especial en materia de permiso de lactancia y de reducción de jornada por motivos familiares*”, Actualidad Laboral, nº 2, 2003.

La tutela de los derechos fundamentales y de las libertades públicas en la Ley reguladora de la jurisdicción social, Albacete, Bomarzo, 2012

“Las cláusulas de protección jurisdiccional efectiva en las Directivas sobre discriminación por razón de sexo”, *Revista Española de Derecho de Trabajo*, nº 98/1999.

MANEIRO VÁZQUEZ, Y., *La tutela de los derechos fundamentales y libertades públicas por los tribunales laborales*, La Coruña, NetBiblio, 2007.

MARÍN ALONSO, I. y GORELLI HERNÁNDEZ, J., *Familia y trabajo: el régimen jurídico de su armonización*, Murcia, Laborum, 2001.

MARTÍNEZ MOYA, J., “Las garantías procesales del ejercicio de los derechos de maternidad y conciliación”, en AA VV, *Trabajo y familia en la jurisdicción social. conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007.

MELLA MÉNDEZ, L., “Situación de riesgo durante el embarazo: aspectos laborales y de Seguridad Social”, *Aranzadi Social*, nº 21, 2000.

MOLINA NAVARRETE, C., *Análisis de la Nueva Ley de Jurisdicción Social. Nuevas reglas legales, nuevos problemas, nuevos retos*, Madrid, La Ley, 2012.

La tutela judicial frente al acoso moral en el trabajo: ¿Estancamiento y subestimación o lento progreso?, Albacete, Bomarzo, 2018.

ORTEGA GASPAR, M., *Los cuidados de los hijos y el género*, Navarra, Thomson Reuters-Civitas, 2011.

PALOMEQUE LÓPEZ, M. C. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M.: *Derecho del Trabajo*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 2017.

PÉREZ-BENEYTO ABAD J.J., “Jornada y conciliación en el trabajo”, en AA VV, *Trabajo y familia en la jurisdicción social. conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, 2007.

PÉREZ DEL RÍO, M.T.: “La Ley 39/1999 de conciliación de las responsabilidades familiares y profesionales de las personas trabajadoras: temas de debate”, *Temas Laborales*, nº 52, 1999.

POQUET CATALÁ, R., *Análisis del despido objetivo en los momentos actuales*, Navarra, Aranzadi, 2017.

PURCALLA BONILLA, M.A. y RIVAS VALLEJO, M.P., “La protección de la maternidad en la relación laboral: Seguridad y Salud en el trabajo y tutela antidiscriminatoria” en *Aranzadi Social* nº 5, 1998.

RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S., *La familia en el ámbito jurídico laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008.

RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., *Conciliación de la vida personal, familiar y la laboral y tiempo de trabajo*, La Laguna, 2014.

RODRÍGUEZ PIÑERO, M., “*La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (y III)*”, en *Relaciones Laborales*, nº 19, 1999.

RODRIGUEZ-PIÑERO y BRAVO FERRER, M., “*La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (y III)*”, *Relaciones Laborales*, núm. 19, 1999.

ROJAS RIVERO, G.P., *Delimitación, prevención y tutela del acoso laboral*, Albacete, Bomarzo, 2005.

RUIZ-RICO RUIZ, C., *El derecho constitucional a conciliar la vida laboral, familiar y personal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012.

SALA FRANCO, T., LÓPEZ TERRADA, E. Y TODOLÍ SIGNES, A., *Jurisprudencia social a debate*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

TASCÓN LÓPEZ, R., *La Modalidad Procesal Especial de tutela de derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral*, Navarra, Aranzadi, 2012.

“*La tutela judicial de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral*”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social (Centros de Estudios Financiero)*, nº 323, 2010.

TOSCANI GIMENEZ, D., ALEGRE NUENO, M. y VALENCIANO SAL, A., *El nuevo proceso laboral. Comentarios a la Ley Reguladora de la Jurisdicción Social*, Madrid, El Derecho, 2012.

TODOLÍ SIGNES A., TALÉNS VISCONTI, E.E., REQUENA MONTES, O. y TORMOS PÉREZ, J.A., *La extinción indemnizada del contrato por voluntad del trabajador: artículo 50 ET*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

TRILLO GARCÍA, A.R. (Coord.), *Análisis de la nueva Ley reguladora de la Jurisdicción Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.

VALLEJO DACOSTA, R. (Coord.), *Materiales para la elaboración de planes de igualdad en el contexto de la responsabilidad social empresarial*, Zaragoza, Prensas Universitarias de Zaragoza, 2014.

VELÁZQUEZ FERNÁNDEZ, M., *Mobbing, violencia física y estrés en el trabajo: aspectos jurídicos de los riesgos psicosociales*, Barcelona, Gestión 2000, 2004.

VELGA FELGUEROSO, T., *Distribución del tiempo de trabajo e igualdad efectiva: la Inspección de Trabajo como garante*, Barcelona, 2018.